UNIVERSITÉ DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

VOLONTÉ ET CAUSE

ÉTUDE SUR LE

Rôle respectif des Éléments générateurs du Lien obligatoire en Droit privé

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Soutenue devant la Faculté de Droit de l'Université de Dijon

Le Samedi 13 Juillet 1918, à 14 heures

PAR

Pierre LOUIS-LUCAS

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE DIJON

Président : M. GAUDEMET, *professeur*

Suffragants : MM. HÉMARD, *professeur*
HUGUENEY, *professeur*

LIBRAIRIE
DE LA SOCIÉTÉ DU
RECUEIL SIREY
22, Rue Soufflot, PARIS — 5e
LÉON TENIN, DIRECTEUR

1918

VOLONTÉ ET CAUSE

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

VOLONTÉ ET CAUSE

ÉTUDE SUR LE

Rôle respectif des Éléments générateurs du Lien obligatoire en Droit privé

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Soutenue devant la Faculté de Droit de l'Université de Dijon

Le Samedi 13 Juillet 1918, à 14 heures

PAR

Pierre LOUIS-LUCAS

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE DIJON

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Président : M. GAUDEMET, *professeur*

Suffragants : MM. HÉMARD, *professeur*
HUGUENEY, *professeur*

LIBRAIRIE
DE LA SOCIÉTÉ DU
RECUEIL SIREY
22, Rue Soufflot, PARIS - 5e
LÉON TENIN, DIRECTEUR

1918

« Ramenant ces trois principes à une formule simple, d'accord avec les habitudes de notre terminologie la plus courante, je crois pouvoir les caractériser ainsi : 1° principe de l'autonomie de la volonté, — 2° principe de l'ordre public ou de l'intérêt supérieur, — 3° principe de l'équilibre des intérêts privés en balance. »

F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, p. 524.

INTRODUCTION

L'étude des forces génératrices d'une institution juridique se heurte, dès l'abord, à une difficulté, dans laquelle s'obscurcissent, à la fois, les termes du problème et l'espoir de sa solution. C'est que, la détermination des données permanentes et nécessaires qui créent un organisme, se complique dans la mesure où il a plus longuement duré dans le temps, et où il s'est plus largement diversifié dans l'espace. Sous les traits qui, à première vue, le caractérisent, ce n'est encore que sa figuration qui se dégage : l'expression de son adaptation à un milieu et à un âge. Afin d'atteindre à une certitude, il faut distinguer le domaine de l'idée, qui est celui de l'absolu, et le domaine de la vie, qui est celui du relatif. Il faut remonter des réalisations effectives aux principes, dont elles ne sont que la mise en œuvre, et chercher sous les apparences sans cesse changeantes des faits, la raison constante qui les anime.

I. — Lorsqu'on envisage ce terme d' « obligation juridique », si riche, comme toute abstraction, de sens et d'incertitudes, on perçoit aussitôt les deux inéluctables points de vue : l'un qui s'arrête aux différents types d'obligations ; l'autre qui pénètre la notion même du lien obligatoire. Faut-il, dès l'abord, décider que, seule, la première question appartient au juriste, au lieu que la seconde n'intéresse que le seul philosophe ? Il semble beaucoup plutôt, qu'au pur point de vue du droit, il s'impose au moins

également de fixer ce qu'est le phénomène obligatoire, que de s'attacher à l'étiquette qui dénomme les obligations, ou à la catégorie qui les classifie. Abandonnant l'exégèse au profit du dogmatisme, c'est le lien obligatoire lui-même que nous voudrions envisager ici, c'est à dire l'ensemble des éléments qui, dans l'obligation, sont générateurs d'obligation.

Au reste, si c'est manifester en cela quelque soumission envers une tendance scientifique qui se généralise [1], ne faut-il pas voir en celle-ci plus qu'une volonté de négliger la réalité, une reconnaissance implicite du stade où l'évolution a conduit cette réalité même? S'il fallait, en effet, rappeler d'un mot l'histoire des rapports d'obligation, cette « trame de la vie juridique [2] » , on n'omettrait rien d'essentiel, en se limitant à ces trois états: Primitivement, existence de purs faits concrets: vols, échanges, ordres. Puis, apparition de situations juridiques: obligations. Enfin, détermination de types juridiques individualisés, parce qu'analysés : obligations délictuelles, obligations volontaires, obligations légales.

Nous sommes à l'âge de la démonstration, c'est à dire de la fixation exacte des effets par la connaissance minutieuse des causes; et cette ambiance intellectuelle continue de s'affirmer, « alors que, selon le mot de M. Bonnecase, on pouvait croire que, de longtemps, les hommes n'auraient ni le loisir, ni le goût de philosopher [3] ». La législation ou la codification n'est point le terme extrême auquel aboutit, sans le pouvoir jamais dépasser, la pensée juridique [4]. Celle-ci est plus ambitieuse, et, après avoir obtenu dans les lois un perfectionnement des coutumes, elle fait un retour sur son œuvre. Il semble que, prise d'un scrupule, elle

(1) V. Charmont. *La renaissance du droit naturel.* — Gény. *Science et Technique en droit privé positif*, et la bibliographie qu'il donne. — Compar. Revilloût. *Les obligations en droit égyptien*, p. x et xi.

(2) Colin et Capitant. *Cours élémentaire de droit civil*, t. II, p. 1.

(3) *Rev. génér. du droit*, 1915, p. 327.

(4) E. Gaudemet. *Les codifications récentes et la révision du code civil. Livre du centenaire*, t. II, p. 967-986.

veuille s'assurer à nouveau que sa création repose sur une base éprouvée et saine, et que, bien loin d'être la manifestation des conceptions particulières de ceux que, peut-être, le seul hasard a fait des législateurs, elle est l'expression adéquate des nécessités fondamentales, qui la gouvernent et qui l'éclairent. Ce mot de Montesquieu flotte toujours dans sa mémoire : « Dire qu'il n'y a rien de juste ni d'injuste que ce qu'ordonnent ou défendent les lois positives, c'est dire qu'avant qu'on eût tracé de cercle, tous les rayons n'étaient pas égaux[1] ». L'obligation, « le droit individuel le plus pur de tout alliage[2] », exige plus que tout autre cette fixation rigoureuse des éléments qui le constituent.

De quoi est invariablement tissé ce *vinculum juris*[3] dont parlaient les Romains ? D'où découle cette nécessité immuable d'accomplir tel fait ou de réaliser telle prestation ? Problème si vaste qu'en même temps qu'il se présente à l'esprit, il postule une délimitation, dont la possibilité et la nature semblent également affirmées par l'histoire et par la logique.

Il est rationnel de supposer à toutes les obligations, quelles qu'elles soient, une base profonde qui leur soit commune. Mais aussi, il est des circonstances qui s'allient régulièrement à tels de leurs types, et qui permettent d'établir entre eux des catégories. Nous songeons, d'une part, aux obligations à base licite : contrats, quasi-contrats, obligations légales ; et, d'autre part, aux obligations à base illicite : délits et quasi-délits. Parmi les premières, nous sentons une analogie qui, les opposant à l'obligation légale, rapproche l'un de l'autre le contrat et le quasi-contrat, et qui repose dans leur caractère d'actes licites individuels : ils forment le double domaine de ce qu'on peut appeler « l'obligation née d'une activité licite[4] ». Nous limitant à celle-ci, nous aboutissons

(1) *De l'Esprit des Loix*, t. I, p. 3, à Londres M.D.CC.LVII.

(2) Huvelin, *Année sociolog. 1905-1906*. p. 44.

(3) *Institut. Justin.* III, 13.

(4) Nous sommes obligé d'employer une périphrase puisqu'aucune expression consacrée n'englobe à la fois le quasi-contrat et le contrat. Une adaptation moderne du terme *nexum* eût pu, peut-être, les grouper l'un et l'autre

à un sujet, dont cette délimitation a restreint l'ampleur, mais non la complexité. Il vise à déterminer les éléments constitutifs du lien obligatoire dans les obligations consécutives à des manifestations d'activité individuelle, volontaires et licites.

Sans préjuger de ce qu'est le contenu de cette obligation, nous pouvons cependant fixer déjà ce qui forme ses contours extrêmes.

Son origine se trouve dans le déséquilibre constitué, entre les consistances de deux patrimoines, par le transport volontaire et licite d'une valeur de l'un à l'autre.

Son essence consiste dans une tendance absolue vers le rétablissement de l'équilibre ainsi rompu. Or, en fait, cette situation dérive de plusieurs combinaisons qui, sans se confondre, se ressemblent par la communauté de traits essentiels.

Que j'aie reçu d'autrui un enrichissement indû ; que mon voisin m'ait procuré le bénéfice de sa gestion, pendant mon absence ; que j'ai eu livraison d'un cheval, à la suite du contrat où je me suis porté acquéreur ; que j'aie promis une rente à un vieux serviteur ; dans tous les cas je suis obligé ; et, dans chacun d'eux, j'ai conscience de l'être sensiblement en vertu d'un même principe. Et, toujours intuitivement, j'admets encore que ce trait commun consiste dans l'enrichissement qui, produit par autrui et fixé chez moi, doit avoir le pouvoir de faire de lui mon créancier, et, de moi, son débiteur. Voilà le point de contact qu'ont, entre elles, ces hypothèses. Mais, je perçois bien aussi que, par ailleurs, sans s'opposer, elles se distinguent. Pour autant que l'on puisse essayer d'établir que le fait matériel du déplacement de valeur est toujours identique à lui-même, il n'en demeure pas moins au-dessous de lui, et antérieur à lui, un autre fait, psychologique celui-là, qui s'oppose à une assimilation de ces quatre obligations. En chacune d'elles, le degré de volonté diffère. Obscurci, ou même négligeable, semble-t-il, dans la première, il

sous cette signification générale du lien que fait naître entre des personnes l'accomplissement d'actes privés licites et volontaires. Cf. Sumner Maine, *L'ancien droit*, p. 306.

s'affirme dans la seconde ; il se développe dans la troisième, où il n'est plus une volonté, mais un mélange de volontés ; il s'exalte si profondément dans la dernière, que c'est lui, à son tour, qui masque l'autre donnée, la prestation antérieure.

Au total, voilà une série de situations, distinctes assurément, puisque des deux principes que nous pressentons à leur base — enrichissement et volonté —, l'un croît, tandis que l'autre décroît ; puisque, en un mot, à supposer qu'ils soient nécessaires tous deux, la mesure dans laquelle ils le sont, semble indiquée par deux progressions parallèles et inverses. Mais, plus encore, ce sont là des situations voisines, non point qu'il soit possible de faire des éléments qui les composent une assimilation totale, qui serait artificielle, mais parce qu'elles apparaissent comme de simples adaptations, différenciées comme la vie, des mêmes principes premiers et fondamentaux.

Ainsi, laissant à part l'obligation délictuelle, parce qu'elle contient à sa base une idée de responsabilité, qui l'individualise ; l'obligation légale, parce que la volonté qui l'engendre est plus sociale qu'individuelle, et la raison qui l'explique est plus d'équité générale que de stricte compensation ; l'obligation non exclusivement patrimoniale aussi, comme celle qui dérive du mariage, parce que ce n'est pas, en effet, uniquement une donnée d'enrichissement qui en est la mesure, ni une donnée de volonté qui en est la limite[1] ; il nous reste, non point une série d'obligations hétérogènes, mais, bien au contraire, une série qui forme un tout, constitué par cette combinaison d'un déplacement licite de valeur et de manisfestations individuelles de volontés, dans une proportion, qui est à établir.

Les exemples, que nous avons rapportés plus haut, sont tous, selon la classification courante, des applications du quasi-contrat et du contrat. Cette observation précise, du point de vue des

(1) Nous aurons, d'ailleurs, l'occasion, dans notre conclusion, de revenir sur ces obligations et de montrer en quoi consiste leur individualité, par rapport à l'obligation, qui forme l'objet de cette étude.

faits, ce que nous venons de préciser du point de vue du raisonnement. Et cette double considération nous autorise ainsi, avant toute analyse, à opérer un rapprochement entre ces deux types d'obligations, qui ne sauraient, de toute manière, être profondément différents.

L'analyse, dès qu'elle s'efforce de préciser les deux principes encore voilés de l'émolument et du vouloir, qui soutiennent ces deux types obligatoires, devine leur nécessité. Son premier indice est l'irréductibilité de l'un à l'autre ; sa justification complète sera leur indépendance envers tout autre concept, qui les grouperait en les dominant. Car, il semble qu'après avoir écarté les accessoires de l'obligation, et après avoir rencontré cet émolument qui circule, et ce vouloir, qui en guide le mouvement, on ait atteint, par là, l'indispensable, le définitif, le fait qui ne peut plus être négligé pour autre chose, ce qui explique le reste et ce qui s'explique soi-même.

Pourtant, ce n'est pas sur le terrain de la paix que tout se passe ; ce n'est pas un accord qu'il faut envisager, c'est plutôt un conflit. Est-ce à dire que notre premier regard ait été superficiel et que, des deux données, l'une doive céder à l'autre, en sorte que, si je suis obligé, c'est seulement parce que je le veux, ou c'est seulement parce que je reçois une valeur ? Il ne le semble pas, et, dans la mesure où le conflit existe, sa solution se trouvera moins dans la suprématie exclusive de l'une des deux forces en concours, que dans leur commun équilibre. La moyenne est la grande vérité, dont la balance est l'image que le droit aime choisir pour symbole. L'harmonie est la perfection totale, et sa compréhension résume, sans doute, toute l'ambition permise à la science, car cette harmonie est, selon le mot d'Henri Poincaré « la seule réalité objective, la seule vérité, que nous puissions atteindre[1] ».

Mais, la révélation de ces idées et leur groupement au sein de

(1) *La valeur de la Science.* Paris, E. Flammarion, 1909. Introduct. p. 10.

l'obligation, en exigent, pour ainsi dire, une traduction qui sache enfermer leur contenu dans les termes plus techniques du vocabulaire juridique. Or, qu'est-ce que cet enrichissement, sinon la *cause*, et, qu'est-ce que cette volonté, sinon le *consentement*, dont l'article 1108 C. civ. fait deux conditions essentielles pour la validité des conventions ? Si l'on nous concède de n'attacher provisoirement à ces mots qu'un sens simplement approximatif de celui que leur a donné le législateur de 1804, ce sont eux que nous pourrons employer désormais pour révéler le double principe qui est à la base de l'obligation. Nous ne saurions les définir encore de façon exacte et complète ; nous pouvons tout au moins les préciser superficiellement, eu égard aux notions qu'ils contiennent certainement.

La cause, c'est un élément matériel, c'est une valeur économique qui, pénétrant d'un patrimoine dans un autre, apparaît comme la base de justice objective capable de fonder l'obligation de celui qui s'est enrichi, et d'en déterminer le montant.

Le consentement, c'est un élément psychologique, c'est une manifestation de volonté de celui qui s'oblige, qui, tendant vers un certain but, apparaît comme la base de justice subjective susceptible de fonder son obligation et d'en déterminer le montant.

Vouloir expliquer la naissance du lien obligatoire, c'est, avant tout, considérer ces deux éléments ; les découvrir, d'abord, s'ils sont voilés, puis les dégager, les soupeser, pour ainsi dire, afin d'apprécier exactement le poids du premier et les contours du second ; c'est, enfin, prendre une si exacte conscience de leur valeur que la combinaison qu'on en fera, leur laisse produire, à l'un et à l'autre, le maximum de leurs effets.

II. — L'essence de l'obligation sera-t-elle extraite par ce travail ? On peut l'espérer. Tous ses détails seront-ils mis en lumière, et sa plus grande perfection réalisée ? Il serait téméraire de le croire. Et cette impression trouve un appui singulièrement fort dans le fait que ni la loi, ni la doctrine n'ont limité à deux, si

largement qu'on les entende, les conditions nécessaires à la constitution de l'obligation. L'article 1108 C. civ., que nous avons cité, parle encore de la capacité et de l'objet.

Mais ni l'un ni l'autre ne créent vraiment un doute qui puisse laisser supposer qu'il faudra réunir deux éléments matériels distincts et deux données psychologiques séparées, pour obtenir le *lien d'obligation*. Du point de vue auquel nous nous plaçons, il apparaît que la capacité n'est qu'une qualité nécessaire du consentement, et que l'objet n'est qu'un aspect possible de la cause, comme il arrive dans le contrat synallagmatique où le même élément matériel est cause sous un certain angle, et objet, sous un autre.

Mais, est-ce aussi à cela que va se réduire le contenu de ce développement de Bigot de Préameneu devant le Corps législatif : « L'équité ne peut reconnaître comme obligatoire une convention si la partie qui s'engage n'y a pas consenti, si elle est incapable de contracter, s'il n'y a pas un objet certain, qui forme la matière de l'engagement, si cet engagement n'a pas une cause, et si cette cause n'est pas licite [1] » ? Une pareille énumération est-elle un abus de langage ; et ses termes, plus détaillés que ceux du Code, qu'ils éclairent, sont-ils tous réductibles en dernière analyse, soit à l'idée de cause, soit à celle de consentement ? La conclusion serait ici exagérée, car cette phrase, dans sa fin, fait surgir une idée nouvelle : celle de licéïté. Si elle nous est présentée comme une simple qualité d'un des deux termes déjà retenus, l'observation s'oppose à lui laisser ce rôle secondaire ; elle est une idée autonome.

Peut-être, en tant qu'elle s'applique au pur fait de l'activité privée de deux particuliers, peut-on admettre qu'elle n'est qu'une circonstance favorable, qu'un complément utile à la perfection de l'acte accompli. En ce cas, du reste, elle se référerait logiquement plutôt au consentement, élément psychologique, suscep-

(1) *Présentation au Corps législatif du titre des contrats ou des obligations conventionnelles en général.* FENET, t. XIII, p. 222.

tible de varier en qualité, qu'à la cause, élément matériel, qui ne peut différer qu'en quantité.

Mais, il y a plus. Il faut sortir du domaine des initiatives individuelles, et pressentir une exigence d'un minimum de moralité, qui les domine et les limite. Faire de la licéïté un élément à part, une donnée propre, ce n'est donc pas avec Bigot de Préameneu, et, d'ailleurs, avec la presque universalité des auteurs, viser la moralité élémentaire, que l'obligation doit posséder au point de vue interne. Cette correction dérivera suffisamment du contenu rationnel de ses éléments constitutifs; car, bien évidemment, exiger une manisfestation de volonté, c'est exiger une manifestation de volonté *saine*, et exiger une cause, c'est exiger une cause *suffisante*. La licéïté en soi, ce sera autre chose. Ce sera la licéïté de l'acte au point de vue externe, en tant qu'organisme sanctionné par le droit positif et reconnu par lui comme étant socialement viable.

C'est que, s'il est possible d'envisager l'obligation, ainsi que nous le faisons, en dehors de la législation, ce qui revient à l'envisager en dehors de telle époque et de tel pays, il n'est pas possible de la considérer, et nous ne le tentons pas, en dehors de la société, ce qui reviendrait à la considérer en dehors de toute époque et de tout pays, et donc en dehors de la vie même. Nous ne négligeons les circonstances externes qu'en ce qu'elles ont d'éphémère et de précisément contingent; mais nous les retenons en tant qu'elles s'imposent à l'égal d'un principe, c'est à dire en tant qu'elles sont des nécessités éternelles et générales soit des conditions d'existence de l'acte juridique, soit des conditions de vie de ceux qui l'accomplissent. Or, ces deux séries de conditions, réduites à leur essence, réalisent le fait social. L'histoire et la sociologie nous autorisent à admettre l'impossibilité de la vie indépendante de l'homme, et, partant, à reconnaître qu'un certain groupement entre les individus est un fait permanent et nécessaire [1]. Aussi, pour autant que nous envisageons une

(1) G. Cornil, *Notes sur le problème des origines du droit.* Extrait de la *Revue du droit international et de législation comparée* (t. XII, 1910), p. 1-32.

forme d'obligation d'ordre essentiellement privé, nous devrons, à un certain moment, dépasser les limites caractéristiques de ce type. L'obligation peut fort bien n'être constituée que par cet intime mélange de la volonté et de la cause ; mais, elle ne pourra vivre, sous une autre forme qu'une conception de l'esprit, et comme une réalité efficace, que par sa conformité avec l'état social. Elle devra sinon tendre à le réaliser, du moins ne pas le contredire. Elle restera un acte purement privé dans sa source ; mais, lancée dans la circulation, elle devra se concilier avec d'autres manifestations juridiques de l'activité individuelle ou de l'activité collective, et, par là, elle sera sociale, dans son résultat. En sorte que, si extérieurement, l'obligation née d'un fait licite n'apparaît que comme un acte volontaire de l'homme tendant à produire un effet de droit, il faut, pour la légitimer, trouver quelque chose au-dessous de ce vouloir, et quelque chose aussi, au-dessus de lui.

La base, qui soutient l'obligation, c'est l'émolument, sans quoi la volonté serait, par elle-même, impropre à s'engager. Le complément, qui la couronne, et lui donne le brevet d'acte juridique, c'est la circonstance qu'elle est conforme aux exigences du milieu social.

Et, pour donner à notre troisième concept aussi un nom plus juridique, nous nous référerons à celui d'*ordre public,* dont l'étroitesse n'est pas trop grande, ni l'imprécision trop radicale.

III. — En somme, et pour nous résumer, si l'on parcourt la loi, la doctrine et la jurisprudence pour y recueillir les faits suffisamment individualisés qui peuvent être présentés comme éléments constitutifs de l'obligation née d'un fait licite, trois paraissent susceptibles de mériter ce nom.

La cause, dont la consistance fonde la nécessité absolue pour celui qui la reçoit, de fournir une égale compensation à celui qui s'en dessaisit.

La volonté ou consentement, dont la logique fonde la néces-

sité absolue pour celui qui la manifeste d'accomplir le fait auquel il s'engage.

L'ordre public, enfin, dont la mission sociale fonde la nécessité relative qu'en certaines circonstances, une partie soit liée envers une autre.

Avant d'avoir dégagé ce troisième terme, nous avons pressenti que les deux éléments internes de l'obligation, — cause et volonté, — devraient, sans doute, plutôt se concilier que s'exclure. Maintenant que nous entrevoyons, de plus, le milieu où il convient que s'effectue cet accord, ce sentiment se trouve encore renforcé. Car, si une pareille conciliation peut paraître arbitraire alors qu'elle n'a d'appui que dans le raisonnement, elle deviendra plus admissible dès l'instant que l'exigence de l'ordre public, à la façon d'une pierre de touche, en consacrera la justesse effective.

IV. — Le sens dans lequel nous nous engageons est donc, tout d'abord, celui d'une recherche précise du contenu des trois facteurs qui, pris à proportion voulue, établiront vraisemblablement l'équilibre des intérêts, dont le lien d'obligation est, pour une espèce donnée, la révélation. Une fois les trois notions dégagées en elles-mêmes, par l'analyse, la contre-épreuve nécessaire de leur synthèse s'imposera à son tour. Nous suivrons alors la suite des hypothèses concevables et nous vérifierons ce fait que, dans un milieu où l'ordre public demeure sensiblement égal à lui-même, les hypothèses obligatoires se présentent comme formant une gradation, dont les deux éléments fondamentaux de cause et de volonté sont les variations parallèles et inversement proportionnelles.

Cependant, au seuil de cette étude, et avant d'aborder ces deux parties principales, un travail préliminaire s'impose. Avant de considérer la valeur logique de la triple idée que nous envisageons, il faut en rechercher la valeur historique. L'ordre public, la cause, la volonté ne se sont pas dégagés avec une même aisance

et une pareille rapidité. Antérieurs à ces concepts simplifiés dans leur abstraction, il a existé des faits concrets, qui les contenaient en puissance, et que les époques primitives ont seuls connus. Ce n'est que peu à peu que le courant de l'évolution a déposé la gangue matérielle pour ne plus charrier qu'une essence clarifiée et condensée. Mais quelle valeur auraient les mots qui la résument, s'ils n'enfermaient aussi le souvenir de la source qui est leur origine ? « ... Rien n'échappe à l'histoire et à la philosophie, a écrit M. Saleilles, le droit moins que toute autre science [1] ». Nous ne pourrons affirmer la prééminence de chaque principe que si, avant le raisonnement, l'histoire nous dit que toute époque a tendu vers lui, que toute civilisation l'a pétri de son travail ou, au moins, l'a appelé de son effort. Cette recherche préliminaire, objet de notre première partie, n'est donc qu'indirectement une étude historique, car ce ne sont pas les faits eux-mêmes qui nous intéressent, c'est la leçon qui s'en dégage. Mais l'intime mélange de l'idée et de sa traduction vivante nous contraint à considérer celle-ci, afin de mieux pénétrer celle-là. C'est ainsi qu'à tenir compte de l'atmosphère où s'est développée la vie, on est en droit d'espérer de mieux comprendre la vie même.

(1) *L'origine du droit et du devoir*, p. 140 (Rev. de philo., t. XV, 1909).

PREMIÈRE PARTIE

La formation des éléments générateurs du lien obligatoire

Le droit, sous l'aspect des grandes institutions qu'il embrasse, apparaît comme le résultat de deux tendances puissantes et opposées. Il est le produit d'une fatalité qui s'impose à l'homme et d'un effort de l'homme pour limiter cette fatalité. Il est l'expression de l'évolution des faits économiques et sociaux, mais aussi de leur appréciation par les consciences individuelles et de leur réglementation par l'opinion collective. Le progrès juridique est l'acheminement de plus en plus marqué, à travers ces influences, vers une justice idéale, une et immuable. L'histoire de l'obligation en est une lumineuse vérification.

Mais, c'est lentement que se différencient, parmi les situations matérielles, celles qui sont, en outre, des situations juridiques. Primitivement tout se tient, tout se confond, dans une masse imprécise, où chaque partie ressemble aux autres, sous le vêtement de fanatisme ou de religiosité, qui les recouvre et les pénètre : ce sont les idées complexes qui naissent d'abord ; les idées simples sont le résultat des longues et minutieuses analyses.

C'est de cet écheveau que chaque jour la vie embrouille, et que chaque jour l'effort démêle, qu'il convient d'isoler, parmi les contingences, les premières apparences d'une nécessité obligatoire perceptible dans l'apport du temps et dans celui du milieu.

CHAPITRE PREMIER

Le temps : Les antécédents historiques

L'étude de l'obligation dans le temps va nous amener à envisager l'élaboration des deux premiers de nos trois principes : l'élément matériel d'enrichissement et l'élément psychologique de volonté. Nous en dégagerons la naissance, antérieure à la naissance même de l'obligation ; puis nous en suivrons la progression depuis l'âge où n'existent que ces organismes rudimentaires qui, selon le mot de Sumner Maine « sont pour le jurisconsulte ce que les couches primitives de la terre sont pour le géologue [1] », jusqu'à celui où règnent les principes abstraits de cause et de consentement.

Encore que les droits de la Chaldée, de l'Égypte et de la Grèce [2] puissent présenter des aperçus probants ou curieux, nous leur préférerons en général les indications tirées du droit romain et du droit barbare, qui ont l'essentiel privilège d'être les ascendants directs de notre droit. La difficulté, dans une telle recherche, où l'on ne marche pas à la découverte d'une solution ignorée, mais où l'on s'efforce dans une direction déjà pressentie, consiste à ne pas défigurer les faits, à ne jamais, pour ainsi dire, étirer le sens qu'ils ont vers celui qu'on voudrait qu'ils eussent. Nous tâcherons de toujours nous souvenir que, comme l'a dit quelque part Anatole France, dans les études historiques, la difficulté repose

(1) *L'Ancien Droit*, p. 3,

(2) Voir en particulier Dareste, *La science du droit en Grèce*. — E. Revillout, *Les obligations en droit égyptien comparé aux autres droits de l'antiquité*. — E. Revillout, *Précis du droit égyptien comparé aux autres droits*.....

peut-être moins dans ce qu'il faut savoir, que dans ce qu'il faut ne plus savoir.

Section 1. — Apparition de la Notion d'Obligation

Le lien d'obligation est le résultat d'une manifestation d'activité, dans laquelle l'accomplissement actuel d'un fait en faveur d'un tiers n'offre, pour contre-partie, de sa part, qu'une promesse à une certaine échéance, ou, plus généralement, qu'une nécessité lui incombant de fournir une compensation future sensiblement égale.

Il suppose donc, d'une part, existence d'un besoin actuel qui trouve satisfaction; de l'autre, existence d'une confiance qui croit à un remboursement futur; cette double situation étant incluse dans le fait unique et proprement constitutif de l'obligation. Si le besoin ne se révèle pas, il ne naîtra rien. S'il est compensé actuellement, il naîtra autre chose qu'une obligation, un échange, par exemple. Si, enfin, ce n'est pas une activité individuelle qui se produit, nous sortons du domaine de l'obligation d'ordre privé pour passer dans un autre, celui, sans doute, de l'obligation légale.

I. — Or, l'époque primitive permettait-elle la réunion de cette triple condition ? Ce ne sont pas des individus que nous voyons, ce sont toujours des groupements, le plus généralement, des familles[1]. Et l'existence de celles-ci contredit effectivement les trois exigences dégagées. En principe, la famille se suffit à elle-même. Produisant tout ce qu'elle consomme, et consommant tout ce qu'elle produit, elle n'entre pas en relation avec le clan voisin. Elle n'a pas de besoins.

Si, s'éloignant déjà de sa perfection première, un embryon de

(1) V. Viollet, *Histoire du droit civil français*, p. 601-604, p. 607. Cf. César, *Comment.*, VI, 22, décrivant la propriété collective chez les Germains. — p. 637, La *ménie mérovingienne*. Cf. Sumner Maine : *L'ancien droit*, p. 119.

spécialisation s'accuse dans son sein, qui l'amène à négocier avec quelque autre groupement, c'est par son chef qu'elle le fera, et son acte n'aura rien d'individuel ; il sera presque social ; exactement, il sera à mi-chemin, il sera familial. Ce sera un traité d'une allure particulière et originale. Enfin, l'opération sera l'image des conceptions générales de l'époque ; elle sera achevée en même temps qu'entreprise ; elle sera au comptant.

Ainsi, logiquement, — et l'histoire le confirme [1], — toute civilisation présente, à son origine, une première phase, dans laquelle il n'y a pas place pour l'obligation ; dans laquelle l'obligation est irréalisable, en même temps qu'inconcevable.

Vienne l'époque, assez rapidement atteinte, où la famille perd son autonomie, que l'individu recueille d'une manière de plus en plus accusée [2], ce collectivisme primitif va insensiblement s'embrumer, et, de ses résidus incertains et indisciplinés va surgir un individualisme, dont la jeunesse laisse pressentir les ardeurs. Dès lors, deux des obstacles sont renversés, qui s'opposaient à l'apparition de l'obligation. C'est l'individu qui existe désormais. Il n'est plus question pour lui de se suffire à lui-même et les désirs qui l'assaillent l'obligent à compter avec les autres hommes, avec les étrangers, puisque, ni la famille, trop inconsistante, ni lui-même, trop faible, ne savent combler les exigences qui le contraignent. Mais le troisième obstacle est le plus résistant et cette entrée en rapport d'un individu avec un autre individu, c'est encore sur le terrain de la compensation immédiate qu'elle s'effectue. Toujours soumises aux exigences d'un matérialisme exclusif, les parties ne conçoivent pas une autre façon d'équilibrer l'acquisition d'un enrichissement actuel que par l'appauvrissement corrélatif et immédiat. La chose, avec sa valeur certaine et définie ne peut avoir pour équivalent une promesse, qui demeure incertaine et peu sûre, parce qu'elle n'est qu'une idée, qu'une appré-

(1) V. *infra*, p. 17, note 2.

(2) Viollet, *op. cit.*, p. 607. Le mouvement en faveur des partages, en particulier chez les Burgondes.

ciation subjective. Aussi le régime économique pourrait-il être caractérisé d'un mot pour cette époque : la propriété est tout et l'obligation n'est rien [1].

Si donc nous nous sommes rapproché de celle-ci autant qu'il est possible, puisque seule une circonstance — l'échéance de la compensation — nous en sépare, la résistance qui lui est opposée va empêcher longtemps encore qu'on atteigne l'obligation. C'est qu'il ne s'agit de rien moins que de passer de l'évidence à la confiance, et le fossé qui sépare ces deux états d'esprits est peut-être celui-là aussi qui clôt l'ère primitive surtout matérialiste et ouvre l'ère classique, davantage spiritualiste.

Cependant, l'organisation sociale se dessine, emportant avec elle la sécurité, qui en est le premier bienfait ; l'essor commercial s'affirme, décidant de la plus large circulation des biens, qui en est le premier mérite [2] ; et l'obligation, postulée par les faits eux-mêmes, va naître. Le phénomène, étonnant par son audace surgit, d'un échange que le présent est impropre à consommer, et qui engage l'avenir. L'obligation dérive d'une prétention plus téméraire, à laquelle le progrès imagine d'apporter une satisfaction plus ingénieuse. Peu à peu, elle va s'assurer et entrer définitivement dans le domaine des réalisations, sous la poussée de plus en plus impérieuse d'un fait matériel — la circulation des biens — et d'un fait intellectuel — l'admission du crédit.

(1) « Le régime de la propriété est l'expression la plus frappante de cet état social ». Viollet, *op. cit.*, p. 634. — C'est à l'occasion du transfert de cette propriété, dont l'importance est si grande, qu'apparaît le formalisme. Les premières révélations de celui-ci n'appartiennent pas aux modes générateurs de l'obligation. Ils sont antérieurs. V. *Code de Manou. Institutes of Hindou Law*, t. II, p. 161 ; et Buhler, *The Laws of Manu 1886*. — Cf. *Lévitique*, xxv, 10 et 28. — *Genèse*, xxiii. Cette remarque doit peut-être faire conclure au défaut d'unité interne du formalisme. Il est un supplément de force, mais cette force n'est pas toujours la même. Le formalisme donne au transfert de propriété une plus grande certitude matérielle ; ce qu'il donnera à la création de l'obligation sera plutôt une plus grande certitude intellectuelle. V. *infra*, section 3.

(2) Sur l'apparition relativement tardive de l'obligation. Cuq. *Manuel des Institutions juridiq. des Romains*. Plon, Pichon, 1917, p. 363.

II. — Les circonstances déterminatrices de la naissance de l'obligation pèsent sur elle et donnent à ses premiers types, comme nous pouvons le faire entrevoir par anticipation, une double série de caractères, révélateurs de sa récente apparition. Comme tout organisme jeune, l'obligation est alors un mélange de vigueur et d'indiscipline ; elle est à la fois simple et illogique ; rigide en même temps que vague ; peu fréquente dans ses manifestations qui commencent seulement de s'essayer, et stricte dans les conséquences qu'elle prétend en déduire.

Cette simplicité un peu rigide, tout d'abord, s'affirmera par exemple dans les actes qui devraient contenir des rapports de droit bi-latéraux, et qui ne contiennent qu'une juxtaposition de rapports unilatéraux. Ainsi, les deux *stipulationes* qui créent, l'une, l'obligation d'un acheteur, et l'autre, l'obligation d'un vendeur, sont simplement rapprochées, mais non combinées [1].

De même, ce ne seront pas les situations effectivement existantes qui créeront l'obligation, en susciteront le type, en mesureront l'étendue et les détails. Il y a des hypothèses obligatoires préétablies ; les faits doivent s'assouplir pour pénétrer dans leurs cadres, ils les subissent au lieu de les provoquer. Qu'est-ce que la *causa civilis* [2] sinon l'image de cette conception, dont la ténacité fut la plus profonde entrave qui ait empêché le droit Romain, malgré son excellence, de trouver dans le contrat consensuel le principe d'unification des obligations nées d'un fait licite ? L'acte primitif n'est jamais le produit d'une volonté sans formes ; il a un caractère absolu et définitif qui découle d'un formalisme sévère jusqu'à être brutal [3].

A l'opposé, un illogisme un peu incertain règne sur l'obligation et s'accuse, par exemple, dans ce trait qui fait que le même

(1) Girard, *Manuel*, p. 537 et n. 1, p. 437-438.
(2) Girard, *Ibid.*, p. 441, n. 1.
(3) Girard, *Ibid.*, p. 433.

acte ne peut emporter, à la fois, un effet réel et un effet personnel [1]. Cette distinction, qui a été présentée comme une finesse d'analyse, n'était-elle pas plutôt, à l'origine au moins, le signe d'une hésitation, et comme la marque d'une limitation dans la voie, qui pouvait sembler dangereuse, de la reconnaissance du pouvoir créateur de l'obligation ? Si, dès l'abord, celle-ci était apparue dans son vrai rôle, il n'en eût pas été ainsi, et ce fut bien un défaut de hardiesse que de décider que l'obligation a pu naître valablemeut, mais que le transfert de propriété qu'elle décide est cependant irréalisé.

C'est, au reste, le contenu même de l'obligation qui est imprécis et vague. Son montant n'est pas égal à la valeur due, il est plus vaste. Il y a, d'une part, le *debitum,* qui est proprement la contre-partie de la prestation qui a antérieurement enrichi le débiteur ; et il y a, d'autre part, l'*obligatio* qui s'y superpose en l'accroissant : c'est la responsabilité du débiteur, celle d'un otage ou simplement d'un gage [2].

Il y a, sans doute, dans la distinction de ces deux points de vue une vérité rationnelle, car s'il n'est pas rigoureusement juste de dire : telle valeur livrable ultérieurement compense adéquatement la valeur égale, livrée aujourd'hui ; il l'est certainement beaucoup plus d'affirmer : une certaine valeur, livrée aujourd'hui est exactement compensée par la promesse d'en recevoir l'équivalent, *garantie par un engagement subsidiaire et supérieur au montant de la dette* [3]. Il faut, pour ainsi dire, racheter l'insécurité inhérente au droit de créance par un accroissement de son étendue. Le gage général du créancier sur les biens du débiteur apparaît ainsi comme un dérivé du principe de cause.

Mais, cette dissociation possible de la mesure de l'obligation et de l'état de l'obligé est plus encore indicatrice d'une vérité

(1) Girard, *Ibid.*, p. 286 et suiv.

(2) Cf. Cornil. « *Debitum et obligatio* ». *Mélanges Girard*, t. I, p. 199 et suiv.

(3) Ce sera le principe même de l'escompte.

historique. La combinaison de ces deux données en un organisme unique est déjà le résultat d'une transformation.

Ces deux influences connexes avaient primitivement été deux forces individualisées et ce sont les deux phénomènes autonomes d'où elles émanaient, qui apparaissent comme les premiers ancêtres de l'obligation. En effet, celle-ci se constitue, à la fois, par deux pôles opposés et inégaux en puissance. L'un est la responsabilité qui émane du fait surtout matériel du délit ; l'autre est l'équivalence, qui émane du fait surtout intellectuel du crédit [1].

Semblable à ces inventions qui, dues pour partie à l'apport de l'époque, se trouvent être conçues en même temps sur deux points éloignés du globe, et résultent de deux raisonnements qui n'ont de commun que leur aboutissement, l'obligation est dérivée de deux phénomènes sociaux très distants. Mais ces deux types, distincts dans leur origine, dès qu'ils ont vécu, ont convergé l'un vers l'autre, car ils n'étaient que deux aspects fragmentaires d'une même nécessité. Du délit, on s'est acheminé, par une idée moins rigoureuse de la responsabilité, vers l'admission d'une simple créance de la victime. Du crédit, on est revenu, par une conception moins aveugle de la confiance, à l'exigence du remboursement effectif. L'obligation, mélange d'une idée psychologique qui la détermine (volonté) et d'un fait positif qui la constitue (cause), sera l'harmonieuse résultante de cette double élaboration [2].

A. — Le Délit

L'origine la moins discutable de l'obligation est celle qui repose dans l'activité d'ordre illicite. Nous avons vu l'état social résumé

(1) Cuq, *Manuel des institut. jurid. des Romains*, 1917, p. 363-364. On a d'un côté, l'obligation *(ob ligare)*, de l'autre l'engagement... «*fidem suam*»... *(obligare)*. D. XVI, 1, 27, 2.

(2) Cf. sur l'élaboration parallèle et indépendante du vol et du don les observations intéressantes tirées de la psychologie des enfants et des peuples sauvages. Tarde, *Psycho. économiq.* Paris, F. Alcan, 1902, t. II, p. 346 et suiv.

primitivement en une agglomération de familles ; reprenons ce point de départ.

Si l'existence exclusive et absorbante de la famille s'oppose à l'apparition de l'activité obligatoire licite, par suite de la rareté même des besoins qui la provoqueraient, elle facilite la naissance de l'activité obligatoire illicite, car la rivalité trouve un milieu plus propice encore dans la passion collective que dans la passion individuelle. C'est une exception que de voir deux familles entrer en rapports sur le terrain pacifique de l'échange ; mais c'est un fait habituel que de les voir aux prises sur le terrain belliqueux de la rapine. La lance est l'image aimée qui symbolise, à la fois, l'autorité du droit et la nature de son origine. Mais c'est encore là une manifestation de ce que l'on appellerait aujourd'hui la vie publique du groupe. C'est dans l'homme que nous allons trouver l'adaptation de cette tendance aux rapports d'ordre privé.

A son instinct primitif s'ajoute, en effet, ce poids des habitudes guerrières, et, lorsque émancipé du clan, il connaît plus impérieusement le désir de posséder personnellement la chose que détient autrui, il aura un penchant naturel à s'en emparer directement, par le vol. Celui-ci aura, dans le patrimoine individuel, le même rôle que le butin dans le patrimoine familial. Nous voici en présence d'un fait délictueux caractérisé. Nous allons voir les conséquences en découler d'un mouvement logique et progressif vers une conception d'ordre obligatoire et licite.

I. — Le premier état est caractérisé par un principe parfaitement simple, qui aboutit à une application minutieusement stricte. Sa forme la plus parfaite est le talion[1]. On répond au fait par le fait, et au dommage subi par un dommage causé, de tous points égal. C'est une facile et précise réalisation de la justice,

(1) Cuq, *Manuel des Institut. jurid. des Romains*, p. 549. Cf. Cuq, *Institut. juridiq. des Romains*, t. I, p. 335 et suiv.

si la justice tient dans cette formule : « Œil pour œil, dent pour dent. »

II. — Or, bien vite son imperfection s'accuse. Le même dommage, ressenti par deux individus, fûssent-ils de condition aussi voisine qu'il est possible, n'est pas pour chacun d'eux un égal préjudice. Le fût-il que ne serait pas démontrée la parfaite égalité de leur sort, car le même dommage, productif du même préjudice, laisse encore différer l'impression que chacun en ressent, et deux impressions ne sont jamais parfaitement superposables. La vague conscience de cette circonstance, et, plus encore, l'attrait de la vengeance firent dériver l'adéquation de la peine vers une riposte qui devenait moins stricte, mais s'efforçait d'être plus pénétrante. La réparation n'est plus objective, mais subjective. Ce n'est plus même le préjudice qui en est le criterium. Elle sera ce que, dans la souffrance ressentie, l'imaginera l'offensé. C'est l'âge de la vengeance privée [1].

III. — Mais, d'une part, cette nécessité de choisir une réparation et de l'imposer au délinquant, — car, non seulement on peut se venger, mais encore il faut que l'on se venge — devient une gêne et un archaïsme à mesure que la vie se stabilise. D'autre part, la constatation que la même réparation vient toujours compenser le même délit, — chacun se contentant d'un à peu près — tend vers une organisation et une classification des sanctions. Et, insensiblement, on passe du résultat qu'entraînaient les faits eux-mêmes, au résultat que conseille la conception qui les interprète. Offenseur et offensé sont presque d'accord pour donner et pour obtenir une certaine réparation ; et c'est cette conscience de l'accord pacifique possible qui, à ce moment de l'évolution, fait imaginer l'idée d'une convention qui viendrait rétablir l'équilibre rompu par la brutalité du fait dommageable. L'apparition de la monnaie est une nouvelle facilité en ce sens,

(1) Cuq, *Man. des institut. j. des Rom.* p. 555.

et l'orientation s'affirme du principe strict de l'adéquation de la peine, vers celui, transactionnel, de la rançon. L'or peut remplacer le sang [1]. C'est l'âge de la composition pécuniaire volontaire. Le premier contrat a été celui par lequel l'auteur d'un délit s'engageait à payer la ποινη [2]. La première obligation a été celle qui a été conçue lorsqu'on a admis la valeur de l'engagement pris par le délinquant.

IV. — Cependant, l'autonomie de l'obligation née d'un fait licite n'est pas atteinte encore. Deux conditions lui font défaut : la nécessité de sa mise en œuvre, car la composition est toujours facultative; et l'abandon de son caractère pénal, car la dette n'est pas entièrement contractuelle. Ce double perfectionnement est contemporain de l'organisation de l'état social; l'arbitraire individuel disparaît dans la composition pécuniaire obligatoire [3]; l'analyse ébauchée s'achève dans l'admission de l'obligation d'ordre strictement licite [4]. Le délit, en entraînant cet effet, illogique au point de vue pénal, d'une dette contractuelle, ne faisait que s'obscurcir et s'éloigner de sa vérité originelle. L'établissement de la composition pécuniaire obligatoire est un redressement de sa déformation. Elle est une peine tarifée, une amende, en même temps qu'une compensation. Mais en s'affermissant, le délit repousse toute hypothèse qui n'enferme pas une idée de culpabilité; il est un appel vers la reconnaissance distincte d'une obligation contractuelle, limitée aux activités d'ordre licite qui n'exigent qu'une compensation. Ainsi, étant donné un fait matériel préjudiciable, c'est à dire une activité qui atteint autrui et qui, en un sens large, l'appauvrit, les conséquences qui vont en découler à la

(1) Cf. Dareste, *Nouv. études d'hist. du droit*, Paris, Larose 1902. Le commentaire de la scène judiciaire des vers 497 et suiv. de l'*Iliade*, p. 1-11.

(2) Aristote, *Rhet.* I, 15, 21. Cf. Girard, *Manuel*, p. 407.

(3) La vengeance publique a d'abord été substituée à la vengeance privée lorsque le fait a été commis, par exemple, par un fils de famille ou par un esclave. Cuq, *Op. cit.*, *Manuel*....., p. 592.

(4) C'est le fruit du long travail accompli, écrit M. Dareste « par la philosophie grecque et la jurisprudence romaine ». *Et. d'hist. du droit*, p. 43.

charge de l'agent peuvent être de deux natures différentes. Ou bien cette activité est anormale, et l'intention qui est à sa base sera génératrice d'une obligation pénale; ou bien cette activité est normale, et la volonté qui est à sa base sera génératrice d'une obligation d'ordre licite. D'un côté, nous avons le délit, de l'autre, l'obligation volontaire. Et c'est ainsi que parti des voies de fait du domaine pénal, nous sommes arrivé aux voies de droit du domaine civil.

V. — Mais le poids de l'atavisme pèse sur la nouvelle obligation, et il est curieux de faire ressortir le caractère répressif qui la domine encore. Elle se traduit par un *damnas esse* avant de n'être plus qu'un *dari, fierive oportere* [1]. Elle est presque, dans son ensemble, à l'antipode de ce qu'elle sera dans le droit moderne. Aujourd'hui, l'obligation se soutient par elle-même et vit de sa seule vie; elle est une abstraction individualisée, une conception de l'esprit qui ne se concrétise que par les conséquences pratiques qu'elle entraîne. On dit : « Qui s'oblige, oblige le sien »; l'idée domine la matière. Mais alors, il en allait tout autrement; on ne voit encore que les faits; on pressent à peine, et en tout cas, on n'isole pas cette donnée purement intellectuelle d'un rapport qui les groupe d'une certaine façon. On eût dit plus exactement : « Qui oblige le sien, s'oblige soi-même. » Votre activité néfaste a réduit la consistance de mes biens; vous me devez rétablissement de l'état matériel antérieur; et c'est à titre de garantie que vous êtes grevé d'une obligation. Mais, par suite, cette obligation est d'ordre strictement personnel; elle n'est que de vous à moi et l'on ne peut pas davantage songer à en changer le débiteur que le créancier [2]. A présent, au contraire, l'obligation est impersonnelle; peu importe celui qui est débiteur et celui qui est créancier: le lien obligatoire est par lui-même, et dès l'instant que deux parties, d'ailleurs indifférentes, le sup-

(1) Girard, *Manuel*, p. 480 et suiv.
(2) Girard, *Ibid.*, p. 731 et suiv.

portent. Ceci fait comprendre comment l'obligation primitive a poussé aussi loin la minutie de ses effets à l'égard de la personne[1]. Est-il besoin de rappeler l'infamie, les condamnations au double, la vente en esclavage, les chaînes et les prisons privées, la mise à mort, la possibilité très symptomatique de *secare in partes*[2] le corps du débiteur tenu envers plusieurs créanciers.

Ce sont là les caractères défectueux, les conséquences encore pénales de l'obligation qui est sortie du délit. Son fond même, ou mieux l'idéal auquel elle tend, est résumé par les deux mots de *réparation*, puis de simple *compensation*, dont le premier fut vrai au début de l'évolution, et dont le second le devint à la fin. S'il est du premier au second de ces concepts un perfectionnement, il est encore dans le second une insuffisance. Il continue de nous maintenir en plein matérialisme et il témoigne d'une conception encore toute négative : c'est le dommage que l'on efface, plutôt que l'utilité qu'on réalise. L'obligation n'a fait que se dégager des faits qui la dominent encore, alors qu'elle doit avoir pour mission de les sanctionner. Dans cette première voie, elle s'assure et précise son essence, mais c'est dans une autre voie qu'elle trouvera sa souplesse et son plus grand perfectionnement.

B. — Le Crédit

Des deux germes dont le développement indépendant a fait éclore deux applications éloignées du même principe obligatoire, l'un est un fait — le délit — qui a évolué vers une idée ; l'autre est une idée — le crédit — qui, pénétrée par la nécessité de reposer sur un fait, en revient à lui. L'influence du premier s'est manifestée avec certitude et vigueur, à la façon d'une force ; nous venons de le voir. Celle de la seconde s'est infiltrée, imprécise et timide, à la façon d'un sentiment ; c'est ce que nous devons montrer maintenant.

(1) GIRARD, *Manuel*, p. 388, n. 1.
(2) *Loi des XII T.*, t. III, 6.

I. — Si le produit le plus habituel de l'activité des jeunes indépendances, libérées du joug de la famille, fut la lutte, il a été parfois aussi la finesse et la diplomatie. Prendre brutalement à autrui la chose qu'il a, c'est courir un risque ; l'amener à s'en dessaisir est, dans certains cas au moins, plus adroit et moins dangereux. Et cette conviction, sinon à titre de raisonnement, du moins à titre d'impression, eut bientôt fait de pénétrer les cerveaux primitifs.

L'acte au comptant, facilement concevable, et qu'avait connu le groupement familial fut, nous le savons, une première et imparfaite application de ces idées. L'opération à titre onéreux qu'il réalise n'achemine cependant pas très rapidement à l'obligation. L'échange et le troc ne sont pas la vente[1], et la vente elle-même, qui peut être terminée aussitôt que conclue n'engendre pas forcément un lien obligatoire. Sans doute, elle y conduira insensiblement. Il arrivera un jour où Primus ne livrant pas la chose actuellement, on admettra pourtant que Secundus en doit le prix, qu'il est *tenu* de l'acquitter, parce que Primus est parallèlement *tenu* de livrer la chose. Un intervalle de temps se glissant entre les deux phases du contrat — sa conclusion et son exécution — l'obligation sera née. Mais ce coefficient de l'intervalle de temps, si essentiel en définitive, n'a de valeur rationnelle que s'il est directement voulu, et ici, il n'est tout d'abord que l'effet du hasard, de la force majeure. L'acte demeure une opération au comptant, mais viciée dans ses conditions d'existence parce qu'il s'est trouvé, en fait, que l'une des parties n'a pas actuellement effectué sa prestation. Sa situation équivaut à celle d'un obligé, mais elle ne l'est pas, car elle ne repose pas sur un engagement, mais sur la défaillance d'une exécution. C'est dans ce domaine qu'il faut attendre l'influence du délit pour connaître l'obligation.

II. — Or, à côté de l'opération à titre onéreux, qui se résout

(1) Cf. Brissaud, *Cours d'hist. générale du droit français*, t. II, p. 1383.

en un rapport d'ordre réel, l'acte au comptant présente l'opération à titre gratuit où domine un rapport d'ordre personnel ; et l'idée qui la soutient émane d'un pôle opposé. Il ne s'agit plus d'effectuer un échange dont le résultat, analogue à celui du délit, se ramène à une compensation de valeurs. Nous abandonnons les données mathématiques et rigides de l'équilibre pour connaître celles, plus sentimentales et plus souples, de la bienveillance. Ce n'est plus le marchandage qui en est la phase préparatoire, c'est la persuasion. Moins violent que le vol et plus adroit que le troc, le don a pu, aux premières heures de l'organisation d'une société plus policée, apparaître comme l'idéal dont il convenait de rapprocher les modes de la circulation des biens. Tout au moins, peut-on aisément le supposer en se plaçant au point de vue de celui qui désire la chose. De la part de celui qui est amené à la livrer sans équivalent, on conçoit plus de résistance. Mais encore, convient-il de remarquer que donateur et donataire ne sont pas, l'un pour l'autre, des étrangers. Ce sont des voisins, des amis, des parents même. Affranchis de la tutelle de la famille, ils n'ont plus à reconnaître officiellement le lien qui les unit, mais ils continuent d'en sentir le persistant effet. A moins d'avoir une raison précise de se haïr, ils seront naturellement portés à s'aider, et dans un tel ordre social l'existence du don est une banalité [1]. L'influence religieuse devait faciliter encore cette transition de l'échange à la libéralité, par l'idée de remboursement dans l'autre monde, ou, plus tard, par celle de charité [2].

III. — Cependant les rapports économiques s'amplifient et les

(1) « Les conventions se formaient dans un cercle très restreint, entre personnes appartenant à un même quartier d'une même cité. Ces personnes vivant dans un contact perpétuel, avaient besoin les unes des autres ; elles échangeaient continuellement de bons offices. » Cuq, *Les institut. juridiq. de Romains*, t. I, p. 386. — Cf. p. 387.

(2) Compar. *Deutéron.*, xv, 7. — *Saint Matth.*, v, 42. — Cf. Brissaud, *op. cit.*, t. II, p. 1423, n° 3.

parties n'ont plus les mêmes raisons de s'aider gratuitement ; le don va se muer en une autre hypothèse. La bienveillance qui jouait à l'égard des proches a pénétré les esprits ; elle va s'affaiblir à l'égard des étrangers, mais demeurer, au moins, la confiance[1]. Primus n'arrivera pas à convaincre Secundus de lui abandonner purement et simplement la propriété de sa chose, mais il le persuadera assez facilement de lui en laisser la jouissance pendant un temps, au bout duquel il est établi qu'il lui en restituera la possession ; et ce qui eût été le don, si la volonté de gratifier autrui s'était maintenue, devient le prêt, maintenant que n'existe plus qu'une simple condescendance à lui venir en aide[2]. L'opération ne se stabilise vraiment, d'ailleurs, que si elle est également postulée, en fait, par l'impossibilité pratique dans laquelle se trouve l'emprunteur de compenser immédiatement la valeur de l'objet qu'il reçoit. C'est ainsi que la confiance possédée par les esprits et encouragée par les faits, fonde le crédit qui, par une voie diamétralement opposée à celle du délit, imagine directement le concept d'obligation.

Cette donnée originale du crédit devait aller indéfiniment en s'assurant, et entraîner progressivement des conséquences de plus en plus importantes. Mais primitivement, ainsi que l'a fort bien montré M. Cuq[3], elle est peu fréquente et assez hésitante. Elle ne parvient pas à entraîner un effet de droit, car l'obligation qu'elle prétend engendrer est une hardiesse, si on la compare à celle qui découle naturellement de l'acte dommageable. C'est la première apparition de l'éternelle discussion sur le fondement du lien obligatoire : la nécessité qui pèse sur le débiteur peut bien dériver d'un déséquilibre entre les consistances réciproques de son patrimoine et de celui du créancier, mais peut-elle aussi être

(1) « La notion du crédit qui avait pris naissance dans les rapports entre amis ou voisins fut étendue à des personnes avec lesquelles on n'avait que des rapports d'affaires ». Cuq, *Inst. juridiq. des Rom.*, t. I, p. 386.

(2) Cf. Tarde, *Psycholog. économiq.*, Paris, F. Alcan, 1902, t. I, p. 375-380.

(3) *Manuel des institutions juridiques des Romains*, p. 364 et suiv.

antérieure à cela, et ne reposer que sur leur commune volonté ? Ceux qui le prétendent seront longtemps encore des novateurs. La première obligation purement consensuelle ne fut d'abord qu'une obligation morale, ne constitua qu'un lien d'amitié. On se fait vraiment crédit, c'est à dire que l'on se fait confiance, sans posséder de garantie.

Cependant le crédit gagne du terrain ; il fait ses preuves et il plaît aux consciences. Il est appelé à envahir tout le droit privé, principalement par l'intermédiaire du droit prétorien Romain, qui est tout entier une législation de la bonne foi et de l'équité.

IV. — Mais déjà, inconsciemment peut-être, il avait pénétré le droit positif dans la première opération licite qui ait eu, à Rome, une prétention obligatoire, et qui, ainsi que nous l'avons supposé, est bien un prêt. Le *nexum* est vraiment un produit de la confiance, appliquée à la promesse d'un remboursement futur : l'idée domine la chose. Il est un lien [1] ; les parties sont les *nexi,* c'est à dire ceux dont une attache de droit fait que leur sort, au moins sur un certain point, est mélangé : l'état de leurs biens et le statut de leurs personnes subissent de l'un à l'autre une influence réciproque. Or, celle-ci est définie et réglementée dans la *nuncupatio* où les parties, par leurs déclarations, établissent, selon le mot de M. Giraud, la « signification juridique [2] » de l'acte qu'elles prétendent accomplir. Et il faut croire que là repose l'essence de l'obligation. Seulement, on ne sait pas s'en tenir à la pureté de cette production spontanée. A cette constitution simplifiée de l'acte, se mélangent les exigences qui veulent voir en lui un acte rationnel, et celles qui veulent faire de lui un acte efficace. A côté de la volonté des parties surgissent, d'une part, la pesée du métal, qui a trait à la réalisation effective de la prestation ; et, d'autre part, la solennité, qui dérive de la présence du *libripens* et des témoins, de la forme consacrée des déclara-

(1) Festus. *V° Nexum.* V. Giraud. *Des Nexi*, p. 31.
(2) Giraud. *Ibid.*, p. 38.

rations et qui a trait à la force juridique de l'opération. De la somme de ces actions dérive cet ample formalisme du *nexum*, qui est plus qu'un formalisme, et qui réunit, à la fois, l'action réelle de la chose et l'action formelle de l'idée. Cette première obligation groupe, par un pouvoir magique peut-être [1], les deux données permanentes que, sous les noms de *cause* et de *volonté*, l'obligation moderne devra combiner logiquement : l'énergie d'un émolument et la valeur d'une pensée.

De ces deux forces, le *nexum*, sorti de l'idée de crédit, est amené à préférer celle qui émane de la pensée. Bientôt la pesée est purement fictive, et l'accomplissement des formalités devient la marque que l'acte matériel est *censé* avoir été accompli [2].

C'est, par un détour, donner effet au vouloir ; c'est, sans admettre son efficacité directe, convenir qu'il est seul indispensable, puisque le libre prononcé de la formule engendre seul l'obligation. Nous avons en face de nous moins un prêt qu'un simulacre de prêt ; mais, en revanche, nous le voyons soutenu par deux parties, qui sont mieux définies que le sujet actif et le sujet passif d'une obligation ; ils sont vraiment un *créancier* [3], qui a eu foi dans un engagement, et un *débiteur* qui s'est engagé, en sachant qu'il entraînait cette foi.

V. — Il convient alors de nous rappeler que nous avons vu, en un mouvement inverse, la chose dominer l'idée, dans le premier type obligatoire, d'origine illicite. Combien cet engagement de payer la rançon et cet engagement de rembourser le montant du prêt, si voisins dans leur résultat positif, sont lointains dans leur source et intimement différents dans le principe, sinon qui les rend obligatoires, du moins qui caractérise la raison de cette

(1) V. Huvelin. *Les tablettes magiq. et le droit romain*, p. 11. « Alors que les sociétés s'organisent à peine, et que les liens de la collectivité sont encore trop lâches pour enchaîner de force les volontés rebelles, les rites religieux ou magiques fournissent au droit sa force obligatoire première. »

(2) Sur l'évolution du *nexum*. Sumner Maine, *op. cit.*, p. 298-306.

(3) *Dig.*, XII, 1, 1.

obligation. Et pourtant, dans l'un et dans l'autre, on retrouve à côté de la force principale qui les gouverne, l'action secondaire de l'autre élément, qui les achève.

Dans l'obligation qui dérive du délit, c'est le fait qui domine l'opération, mais c'est une idée qui a épuré celle-ci et qui l'a convertie en une obligation d'ordre licite, par la distinction des hypothèses qui entraînent une réparation et de celles qui n'exigent qu'une compensation. Et à l'inverse, ici où l'idée est la plus grande force, le fait accuse cependant son poids, et, comme le délit a évolué vers le crédit, celui-ci est venu retrouver un appui dans la base matérielle qu'avait révélée le délit. C'est ainsi que, primitivement, l'inexécution de la prestation est délictuelle. Elle est un abus de confiance qui entraîne une condamnation au double. Le contrat est autre dans son résultat que dans son principe. « Le contrat par lui-même, écrit M. Eugène Gaudemet, n'engendre qu'une obligation morale, dépourvue de sanction directe. Mais l'inexécution est un délit qui donne lieu à l'application d'une peine [1] ». Et même, lorsque postérieurement on pourra parler d'une obligation vraiment contractuelle, on la verra reposer sur l'inéquivalence matérielle qui n'est qu'une transposition du préjudice : ..... *re contrahitur obligatio* [2].

Il convient donc, malgré leur évidente opposition et, au contraire, en raison même de cette opposition, de rapprocher de plus en plus les deux éléments générateurs d'obligation : le dommage et la confiance. Ils s'appellent et se complètent; ils ont été, d'abord, deux organismes distincts — le délit et le crédit —, mais ils tendent à ne plus être que deux parties de cet organisme unique qu'est l'obligation née d'un fait licite où se combinent une nécessité de compensation et une volonté de compensation. Quand alors, dans ce type obligatoire complexe, l'analyse s'efforcera de découvrir les éléments composants, elle rencontrera

(1) *Etude sur le transport de dettes*, p. 160.
(2) *Instit. justin.*, III, 14.

cette inégalité objective, qui a en soi quelque chose d'illicite [1], et cet effort subjectif qui, lui, est essentiellement licite.

Mais, avant d'en arriver là, il faut considérer l'élaboration des deux tendances, alors qu'elles se développent encore par deux voies isolées et simplement parallèles. C'est ce double travail que nous allons pénétrer, en étudiant successivement l'affermissement du concept matériel, puis celui du concept intellectuel.

Section 2. — Evolution du Principe matériel. Du Réalisme a la Cause

L'obligation consécutive à une activité licite, telle qu'elle se constitue dans les premières phases de l'organisation sociale, accuse naturellement, selon les hypothèses qui la réalisent, prédominance soit de l'élément réel, par l'importance donnée à la matérialité de l'opération, soit de l'élément intellectuel, par la nécessité de plus en plus reconnue d'un formalisme qui l'enveloppe [2].

Le fait premier, c'est celui du droit personnel n'existant qu'en puissance, à l'intérieur du droit réel. Il est inclu dans la dation ; son principe et sa fin sont ramassés, pour ainsi dire, dans ce que le droit germanique appellera encore la *res præstita*.

L'obligation même, tout abstraite dans sa fin, et consécutive à l'engagement, également abstrait dans son principe, ne viendra que plus tard, charriée par ce premier effort, inconscient peut-être, qu'est le formalisme, et dont l'aboutissement médiéval sera, à l'inverse, la *fides facta*.

Tenons-nous en, présentement, aux données toutes matérielles que la volonté n'a pas pénétrées encore.

Des deux grands types qu'englobe l'obligation née d'un fait licite, selon la terminologie moderne — le quasi-contrat et le

(1) Cf. Planiol. *Classificat. des sources des obligat. Rev. critique* 1904, p. 470-490.

(2) De la Grasserie. *Rev. critique*. 1911, p. 310-317, 597-605.

contrat —, c'est donc le premier qui a pu trouver le plus favorablement ici les conditions de sa naissance. La conséquence logique doit en être son antériorité sur le contrat. Encore que le point de vue purement historique ne soit point le nôtre, il importe d'ajouter que cette supposition n'est nullement aventureuse. Le droit égyptien s'inspire essentiellement du principe d'équivalence [1], et la même idée amène le droit Romain [2] à exiger réparation du dommage causé et restitution de ce qu'on détient indûment avant que le sentiment de la bonne foi contraigne à tenir la parole donnée. La répétition de l'indû a précédé le *mutuum,* et celui-ci a déjà été sanctionné sur le terrain extra-contractuel, par l'idée d'enrichissement sans cause qui est à la base des *condictiones* [3]. Au reste, ce n'est pas le type quasi-contractuel qui doit nous retenir avec exclusivisme, mais bien toute obligation dont l'objet est une dation à faire, parce que son fondement est une dation reçue. Toute la philosophie de cette première catégorie obligatoire pourrait avoir pour exergue ce mot de Celse : « ... *pecunia mea (quæ) ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et æquum est* [4] ».

L'étude de cet élément matériel paraît devoir être faite en suivant l'évolution qu'il a lui-même dessinée. Ses transformations peuvent se réduire à trois états que nous considérerons successivement. L'élément matériel s'est d'abord assuré : c'est le passage du réalisme à la cause. Il s'est ensuite individualisé : la cause s'est détachée de l'objet. Enfin, ayant atteint son plus grand degré de perfection, il a, de lui-même, accusé son insuffisance : c'est le postulat de la donnée complémentaire du vouloir.

A. — Elaboration de la notion de cause

Faisant suite aux créations matérielles spontanées de l'époque

(1) Revillout, *Précis du droit égyptien.....*, t. II, p. 1223.
(2) Girard *Nouv. Rev. historique*, 1895, p. 413. — *Manuel*, p. 612 et suiv. — Cf. Brissaud, *Manuel*, p. 1380.
(3) Girard, *Manuel*, p. 507 et suiv.
(4) *Dig.*, XII, 1, 32.

primitive, les premiers types juridiques sont des organismes dont l'analyse, aussi bien que l'apparence, affirme nettement l'importance quantitative. Ce sont, pour ainsi parler, les choses elles-mêmes qui, ayant changé de patrimoine, sont l'origine et la mesure d'un déséquilibre dont le redressement n'est exigé que par l'injustice tout objective que décèle leur déplacement. Mais ce ne sont vraiment encore que de purs faits qui ont éte amenés à entraîner des conséquences de droit, alors qu'eux-mêmes ne sont pas juridiques. L'élaboration de l'énergie de l'élément matériel a donc consisté à traduire celui-ci du fait dans le droit, en sorte qu'en même temps qu'une force économique il soit encore une force juridique efficace dans le domaine abstrait de l'obligation. Ce programme qui n'a été connu que lorsqu'il fut achevé, car il était vraiment celui d'une nécessité et non celui d'une conception arbitraire préétablie, a consisté à donner à l'émolument du monde physique le nom de *cause* dans le domaine du droit. Non point qu'il faille croire qu'une transformation si profonde se ramène à une question de mots, mais seulement que c'est entre ces deux significations — émolument et cause — que se peut enfermer l'effort très rude, que le droit Romain même n'a su qu'ébaucher.

I. — Cette conversion de la valeur économique en force juridique, c'est la *condictio* qui commence à la réaliser. Sa place dans les cadres du droit Romain est suggestive et parlante. Elle est la sanction de ces faits qui ne sont proprement ni délictuels ni contractuels, mais dont la consistance matérielle est d'un poids si certain qu'elle suffit à fonder et à réglementer une obligation. Et ces faits eux-mêmes sont une partie de cette catégorie mal définie, mais dont on pressent le principe général, des *variæ causarum figuræ* [1], ce qui pourrait se traduire : différentes hypothèses d'obligations causales, c'est à dire d'obligations qui ont un

(1) *Dig.*, XLIV, 7, 1.

appui objectif comparable à celui qu'avec plus de sûreté fournissent les *causæ civiles*. Mais tandis que, comme nous le verrons, la *causa civilis* est déjà un élargissement et une déformation de la cause, puisqu'elle est aussi bien le formalisme du contrat verbal ou du contrat littéral, que la remise de la chose du contrat réel, la cause des *variæ causarum figuræ* a son sens pur et profond d'appel matériel à la compensation. Les hypothèses qu'elles groupent postulent toutes un appauvrissement compensatoire d'un enrichissement indû antérieur. Si les unes ressemblent plus au délit et sont dites naître *quasi ex delicto*, tandis que les autres rappellent davantage le contrat et sont dites naître *quasi ex contractu* [1], l'élément psychologique qui permet de les différencier n'est ni une intention ni une volonté, et il ne participe pas à leur fondement, car il n'a pas l'obligation pour but. Les unes et les autres dérivent de la pure activité matérielle qui rapproche une fois encore l'opération d'ordre illicite et l'opération d'ordre licite.

En fait, d'ailleurs, l'énergie de l'activité matérielle se charge d'influences extérieures, qui parfois la défigurent : l'idée de responsabilité pénètre le quasi-délit, comme il arrive dans l'hypothèse du juge qui a fait le procès sien [2] ; l'idée religieuse, qui devient l'idée sociale, pénètre le quasi-contrat, comme il arrive dans les hypothèses de paiement du legs, du legs *per damnationem* surtout, de dévolution de la tutelle, et même du règlement de l'indivision. On pressent déjà la catégorie des obligations légales. Mais il existe, étrangère à ces influences, une obligation consécutive à une activité, dont la force obligatoire est tout entière incluse dans une question de quantité. C'est essentiellement la situation de celui qui détient sans cause une *res* : il est uniquement et entièrement obligé dans la mesure où cette *res* l'implique ; il est obligé *re*. Nous trouvons alors des solutions fragmentaires,

(1) *Justin. Institut.*, III, 27. — IV, 5.
(2) GIRARD, *Manuel*, p. 637.

qui sont l'application d'un principe général non encore dégagé. Ce qui est, sans doute, l'élément profond de l'obligation dans l'hypothèse illicite de vol, dans l'hypothèse licite de prêt, l'est incontestablement dans l'hypothèse de pur fait d'un bien conservé sans droit. Sabinus en rapporte l'évidente et ancienne logique : « *Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem existimantium id, quod ex injusta causa apud aliquem sit, posse condici. In qua sententia etiam Celsus est* [1]. »

II. — C'est en partant de là que les jurisconsultes de la République, et plus encore ceux de l'Empire, pressentirent la valeur profonde de la cause et constituèrent effectivement l'action en répétition. De la *condictio indebiti* ils s'élèvent à la *condictio sine causa*, qui est désormais un genre dont les espèces vont, se morcelant, en des types spécialisés. Et il est curieux de considérer l'aboutissement de cette évolution. Il nous présente, en somme, deux catégories de cas dans lesquels la prestation et l'enrichissement non compensé qui en découle possèdent une action décisive.

D'une part, il y a les hypothèses essentiellement matérielles de caractère souvent illicite, ou voisin de l'illicéité, et ici, non seulement c'est le déplacement de valeur qui fonde l'obligation, mais encore c'est lui seul qui peut le fonder : *condictio indebiti ; condictio ob causam datorum ; condictio causa data, causa non secuta ; condictio ob turpem causam ; condictio ob injustam causam ; condictio furtiva*. Un mélange mal défini d'erreur ou de fraude se perd dans la donnée évidente du bénéfice indû d'un patrimoine ; c'est lui qui postule et mesure la compensation.

Mais, d'autre part, il y a les hypothèses où le même résultat est consécutif non plus à une situation de fait ou à une activité illicite, mais bien à une activité volontaire licite, c'est à dire à une action voulue et dirigée dans ce but même : c'est la conven-

(1) *Ulp. Dig.*, XII, 5, 6.

tion. Pour fonder l'effet obligatoire de celle-ci, il y a donc deux méthodes possibles : on peut continuer à sanctionner le fait, ou bien sanctionner le vouloir qui le dirige. Les législations primitives, nous le savons, sont effrayées devant l'imprécision de ce dernier. Il est quelque chose de trop fort et de trop incertain à la fois : il sera insuffisant à engager le droit.

Ainsi, au sein même de l'activité volontaire et licite, et jusque dans la convention, c'est encore le déplacement de valeur qui importe et qui est créateur. C'est le prolongement naturel de l'activité délictuelle qui domine et comprime l'activité contractuelle. Le simple pacte n'est rien et l'on ne reconnaît que la convention qui s'étaie sur une réalisation objective. C'est pourquoi même le type obligatoire engendré par l'idée de crédit — le *nexum* — suppose cependant un émolument antérieur, dont l'importance apparaîtra mieux encore dans le contrat de prêt qui le remplacera avec plus d'ampleur : le *mutuum*.

III. — Désormais, l'obligation contractuelle se scinde en deux branches. Tandis que certains de ses types vont obéir à l'idée et s'engager dans la voie du formalisme, d'autres, toujours soumis à la notion d'enrichissement, « idée aussi vraie quand l'acquisition a été faite en vertu d'une convention que quand elle a été faite sans convention[1] », vont déterminer le type du contrat réel.

La *condictio* qui fut la sanction première et pure de la catégorie obligatoire fondée, selon le mot de M. Girard, « non pas sur l'idée de contrat..... mais sur l'idée de dation[2] », révèle ce que sera la cause, qui n'est que le nom nouveau d'une ancienne nécessité. Rien, en elle, ne doit être d'ordre intellectuel ou psychologique ; elle est encore le réalisme primitif, mais précisé, adapté définitivement au domaine du droit, et y étant une force. Elle ne saurait être l'appréciation subjective d'une valeur objective ; elle est la valeur économique, qui dépasse le domaine économique et

(1) GIRARD, *Manuel élément.*, p. 507.
(2) *Nouv. rev. histor.*, 1895, p. 413.

pénètre le domaine juridique. Elle est le principe, la mesure et la raison de l'obligation quantitative. « *Jure naturæ, æquum est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem*[1] ».

Mais cette précision du principe matériel de l'obligation suppose une analyse plus délicate que celle dont témoigne la *condictio*. Il faut comprendre qu'il est la prestation, *considérée sous son aspect créateur ;* c'est envisager celle-ci strictement en tant que cause, et la négliger en tant qu'objet. Le contrat réel permet d'atteindre à cette individualisation de la notion de cause.

B. — Individualisation de la notion de cause

La cause, mal assurée dans le type quasi-contractuel, ne semble pas, à première vue, devoir trouver dans le contrat, plus pénétré de volonté, le redressement de son principe. Pourtant, puisque le droit Romain redoutait l'indépendance du vouloir, il eût été logique qu'il en revînt à la donnée d'équivalence, qui est son soutien naturel. Mais celle-ci n'apparaissait pas comme ayant une valeur générale décisive, et la garantie recherchée, pour appuyer la volonté, fut trouvée dans des circonstances distinctes, groupées, sans autre ressemblance que leur même pouvoir, dans la classe limitative des *causæ civiles*. Elles sont les fondements obligatoires que reconnaît le droit civil ; mais ces fondements, ces *causæ,* ne sont plus strictement des valeurs reçues ; elles sont aussi des formalités accomplies. Quoiqu'englobée sous le même nom que la prestation du contrat réel, il est évident que la solennité du contrat formel dérive d'un pôle opposé : elle témoigne avec bien plus d'incertitude de l'inéluctable nécessité, au sein de l'obligation, d'une action objective, à côté de l'appréciation subjective.

I. — C'est donc avec le seul contrat réel que se poursuit avec sûreté l'élaboration du facteur matériel, car, en passant de la

(1) *Dig.*, L, 17, 206.

causa civilis du contrat en général à la *res* du contrat réel, on passe du sentiment vague qu'il faut un élément extérieur à la volonté, à la définition de cet élément : l'enrichissement du débiteur [1].

Au reste, le contrat réel n'échappe pas totalement au poids du formalisme qui se développe parallèlement ; et c'est peut-être la *remise* de la valeur, autant que la valeur même, qui est considérée ; le contrat réel atteint ce qui doit être la perfection du contrat, mais il n'en est pas la fidèle image : il insiste trop sur l'un de ses traits et propose pour principe de son explication ce qui n'est que la matière de sa réalisation.

Mais ce n'est là qu'une incomplète interprétation d'une vérité profonde : l'efficacité de l'obligation dépend de l'exécution de la prestation, mais l'existence et la mesure de l'obligation ne dépendent que de l'existence et du quantum de cette prestation. Dans le *mutuum*, la *datio* entraîne l'obligation de rendre une chose de même espèce et même qualité. La nature spécifique des autres contrats réels — commodat, dépôt, gage, fiducie, — permet une plus stricte application de la valeur : on doit restituer la chose même qui a été déplacée.

Bientôt d'ailleurs, et par la force même des choses, le principe de l'équivalence subit un élargissement, car ce que l'on est appelé à compenser c'est un *factum* aussi bien qu'une *datio* [2]. La généralisation de cet assouplissement aboutit à l'admission des quatre cas : *Do ut des. Do ut facias. Facio ut des. Facio ut facias* [3]. C'est là, plutôt qu'un affaiblissement d'un principe qui ne saurait fléchir, une amplitude offerte à son application.

II. — Le développement de l'action matérielle se maintient avec évidence dans un des types les plus symptomatiques : le gage.

(1) Comparer l'importance de l'élément matériel dans le droit égyptien. Dareste, *Et. d'hist. du droit*, p. 7 et suiv.

(2) Ulp., *Dig.*, II, 14, 7, 2.

(3) Paulus, *Dig.*, XIX, 5, 5, princip.

Il devient un rejeton autonome du contrat réel ; il va se greffer sur des opérations secondaires et fixer en elles le germe obligatoire que, seules, elles seraient incapables d'engendrer. Il est la *firmatio* qui donne au pacte une valeur juridique. Il remplace la caution personnelle, souvenir desuet de l'ancienne communauté familiale. Il emporte avec lui une force indiscutable et inattaquable. « *Plus cautionis in re est quam in persona* » écrit Pomponius [1].

Il continuera, au cours du Moyen Age, à être un organe vivant et souple. Il confirme la promesse faite aux particuliers et à la Divinité ; il confirme les promesses censées faites par la Divinité elle-même. On gage tout « les brocs de celui qui vendait sa boisson trop tôt, en dépit du ban-vin, ... le chapeau de la courtisane..., un soulier du coupable..., la ceinture, le couteau, le manteau [2]. » La valeur matérielle et objective est vraiment le fond de l'obligation. Ce sera la *res præstita* de la loi Salique, par laquelle s'explique la prédominance de l'acte au comptant et la limitation du contrat à la réalisation effective de l'opération.

Mais ici encore apparaissent les influences opposées. Le paiement partiel dans la vente devient suffisant pour sa perfection, et surtout, l'objet donné en gage n'a plus qu'une très faible valeur : le sens de la prestation dévie. L'action que son insuffisante consistance ne peut plus produire objectivement, elle la peut avoir encore fictivement, car l'idée de crédit a accoutumé les esprits à une plus large confiance et à un moindre asservissement à la quantité. Nous en arrivons ainsi insensiblement aux *arrhes* qui ont leur origine profonde dans l'élément matériel, tandis que leur épanouissement est une révélation de l'élément intellectuel. L'objet donné est de faible valeur, mais il était porté par son propriétaire : c'est un anneau, image du lien. La même opération contient l'*obligatio* et le *debitum*, mais dorénavant c'est directe-

(1) *Dig*, L, 17, 25.

(2) Champeaux, *Le principe de simplicité des anciens actes juridiques romains et le gage*, p. 182.

ment l'*obligatio* qu'elle décèle, et le *debitum* passe au second plan. Les *arrhes* sont comme la dernière manifestation de l'action matérielle, en même temps que la première de l'action formaliste[1]. Ne serait-ce pas que la formalité ne vaut que parce qu'elle est l'image d'une exécution, et le formalisme tout entier ne serait-il pas qu'une étape intermédiaire entre le matérialisme et le spiritualisme juridiques ?

Mais présentement, demeurons dans le domaine de l'énergie totalement matérielle. Les coutumiers insisteront sur la nécessité de la prestation. La coutume de Montpellier de 1204 dit : *Emtio non valet sine solutione pretii particulari vel universali vel sine rei traditione*[2]. C'est presque l'énoncé d'une règle abstraite ; le vouloir de l'homme ne peut créer l'obligation. Vous n'êtes point vendeur et vous n'êtes point acheteur parce que vous convenez de l'être ; c'est une force supérieure aux vouloirs individuels qui se dégage d'un certain déplacement de valeur, et qui fonde l'obligation.

Dès lors, qu'est-ce donc que parler de contrats réels ? C'est ne pas atteindre encore, ou c'est dépasser déjà l'essence du lien obligatoire. Ce n'est que la pressentir si c'est donner exceptionnellement, et dans ce seul groupe de contrats, une valeur créatrice à la prestation. C'est l'exagérer si c'est prendre en bloc cette prestation, sans démêler en son sein ce qui est créateur d'obligation. Cette double insuffisance peut-être reprochée au contrat réel. Mais tandis que la première n'est qu'une erreur momentanée, due à l'influence du formalisme, la seconde, imputable à une analyse insuffisante, risque d'être plus durable.

III. — En réalité, nous avons plutôt le sentiment de ce qu'est la cause que nous n'en avons la claire vision, car le contrat réel

(1) V. Brissaud, *Cours d'hist. du droit*, t. II, p. 1399.

(2) Art. 100. Cf. Brissaud, *Op. cit.*, t. II, p. 1396. — Cf. la règle *Quod non fecit venditio reconciliat traditio.* — Esmein, *Contr. dans le très anc. droit*, p. 22.

amène une inévitable confusion entre elle-même et l'objet. La cause, principe de l'obligation, est-elle distincte de l'objet qui en est l'assise[1] ? C'est par l'individualisation de ces deux données qu'apparaîtra la suprématie de la première.

Envisageons à nouveau l'opération juridique du prêt, qui est primitive et simple. Il n'y a point, en lui, multiplicité d'éléments matériels ; il n'y a qu'un acte positif unique : une remise de deniers, par exemple. Afin de concevoir l'obligation qui peut en découler, il faut, pour ainsi dire, évaluer cet élément, et distinguer en lui deux faces : la consistance économique de l'émolument, et son pouvoir juridique ; il est objet sous le premier angle, et il est cause sous le second.

La remise des deniers, c'est, d'un premier point de vue, l'objet du prêt ; et, ce qui importe alors, ce sont *les deniers*, c'est à dire la consistance d'un corps du monde physique sur lequel se porte une action humaine.

En même temps, la remise des deniers est la cause de l'obligation de l'emprunteur ; et ce qui importe alors, c'est *la remise*, c'est à dire le déplacement de valeur qui se traduit par une énergie créatrice de droit.

Il est aisé de faire apparaître pratiquement cette double réalité, en envisageant non plus le contrat unilatéral, dans lequel il n'y a qu'une obligation, mais le contrat synallagmatique, dans lequel il y a deux éléments matériels correspondant à deux obligations distinctes. Lorsque Paul nous rapporte que la vente d'une maison, détruite à l'insu des parties au moment de la passation du contrat, est inexistante faute d'objet[2], il ne nous fournit qu'une explication incomplète. La délivrance de la maison constituait l'objet de l'obligation du vendeur, et c'est faute d'objet que son obligation s'effondre. Mais la question d'objet laisse intacte l'obligation de l'acheteur : il devait le paiement du prix, et, de

(1) V. Chausse, *Rev. critique 1900. De la rétroact. dans les actes juridiques*, p. 530 et suiv.

(2) *Dig.*, XVIII, 1, 57, princip. Cf. art. 1601, prem. alin. C. civ.

toute évidence, l'objet de son obligation subsiste. Si celle-ci disparait à son tour, c'est que son obligation n'a plus de cause, c'est que s'est évanouie la force incluse dans l'élément matériel qui ne peut plus aller d'un créancier qui s'en appauvrit à un débiteur qui s'en enrichit.

Ainsi, voir dans une valeur matérielle un élément constitutif de l'obligation, c'est à dire une force active et créatrice de ce lien de débiteur à créancier, ce n'est pas s'attacher aux contours d'un objet[1], c'est voir la puissance qu'il acquiert en passant d'un patrimoine dans un autre, à la façon du ressort qui, inerte en soi, devient dès qu'il est tendu, un perpétuel effort vers un retour à son point de départ. C'est bien en ce sens que M. Laborde a pu écrire que l'objet fait simplement « partie du monde juridique, tandis que la cause appartient au monde philosophique[2] ». L'objet, qui est extérieur à l'obligation, comme est extérieur au droit de propriété la chose sur laquelle il porte, n'est qu'une certaine étendue de matière ; la cause est une certaine nécessité qui peut être incluse dans cet objet.

Nous pouvons, dès lors, tenter deux définitions qui fixeront ce qui est acquis.

L'objet c'est « en quelque sorte, selon la formule de M. Gauly, le lieu où les deux volontés se rencontrent et se confondent,... c'est... le substratum du contrat, ce que l'art. 1108 nomme la matière de l'engagement[3] », c'est à dire une prestation ou un fait.

La cause, au contraire, est la nécessité incluse dans la prestation ou le fait, d'une certaine consistance, qui, émanant du créancier, fonde objectivement et quantitativement l'obligation du débiteur. Cette fois, l'élément matériel a donné tout ce qu'il contient. Il est, à la fois, une certaine activité et une certaine force quantitative découlant de cette activité. Sous le premier aspect il ne nous intéresse pas : il est nécessaire à l'obligation,

(1) V. Japiot, *Des nullités.....*, p. 210. — *Note Tissier S.*, 1903, 1, 257.
(2) *Rev. génér. du droit, 1881*, p. 398.
(3) *Rev. critique, 1886*, p. 47.

mais il ne crée pas le lien d'obligation. Il ne convient de le retenir que sous sa seconde forme, en tant qu'il est une force, une énergie. Mais en même temps que la cause atteint sa perfection, elle fait sentir son insuffisance ; elle est décisive, mais incomplète, car que peut être cette puissance matérielle, sans une idée qui la guide ? Un aperçu, encore fragmentaire, de la justice. S'en tenir à la seule donnée quantitative, c'est réaliser le progrès qui permet à l'obligation de jouer le rôle que jadis pouvait seule jouer la chose même. Mais c'est s'en tenir à une philosophie toute matérialiste et méconnaître l'effort plus délicat qui veut assouplir cette cause et l'amener à diversifier l'adaptation de sa propre force.

C. — Insuffisance de la notion de cause

La création d'une obligation et la fixation de son étendue, telles qu'elles résultent de la seule cause, réalisent une solution satisfaisante lorsque l'opération qu'il convient d'équilibrer est de pur fait. En présence de l'hypothèse typique de l'enrichissement indû, le déplacement de valeur suggère et épuise l'espoir d'une réglementation. La justice est tout entière satisfaite dès qu'une contre-prestation du débiteur répond adéquatement à la prestation antérieure du créancier.

Mais lorsque le déplacement de valeur n'est plus fortuit, et qu'il est conditionné par une volonté qui le précède, la cause ne se suffit plus. L'évolution de la théorie romaine des contrats innomés en est la progressive démonstration.

S'il n'est, même dans l'acte voulu, même dans la convention, d'action décisive que celle qui dérive des prestations, l'idéal de justice sera non point la compensation, si parfaite qu'on la suppose, d'une prestation par une autre prestation, mais bien le déplacement en sens inverse de la même prestation, la restitution de l'objet même qui a enrichi le patrimoine débiteur, car c'est cela seulement qui réalise une adéquation quantitative parfaite.

Si donc Primus est convenu avec Secundus d'échanger un bœuf contre un cheval, on décrétera l'opération nulle, comme attentatoire au principe d'équivalence ; et, s'il se trouve que Primus a effectivement livré le bœuf, déplacement de valeur qui rend Secundus débiteur, l'acquittement de la dette de celui-ci devra consister dans la restitution du bœuf et non dans la livraison du cheval. Raisonnement strict dans son aveuglement et où n'est point envisagé l'acte volontaire qui fait de l'opération un contrat et non plus un quasi-contrat, et qui s'oppose à ce que l'obligation soit déterminée par les seules règles de la *condictio ob rem dati*. Si l'on s'en tient, en effet, au point de vue strictement matériel, quel reproche adresser à la solution obtenue ? Aucun évidemment, puisqu'elle est aussi éloignée qu'il est possible de tout enrichissement injuste. Et pourtant, d'un point de vue général, il y a une autre injustice consommée, au regard du but poursuivi et de la volonté qui en recherche le légitime accomplissement. Lorsque les nécessités pratiques accusèrent cette lacune et acheminèrent à décider qu'à la créance de Primus il faudrait répondre, non point par la restitution de ce qui avait été l'objet de son obligation, mais par l'accomplissement de l'engagement de Secundus — celui-ci étant, par ailleurs, sensiblement égal à celui de Primus — une plus grande justice fut atteinte. Mais elle le fut, sinon par un abandon du principe de cause, du moins, par l'adjonction d'un complément nécessaire : le principe de volonté.

I. — C'est ce perfectionnement de l'obligation que nous rapporte le contrat innomé.

Primitivement il est sans valeur[1]. C'est l'âge où le lien obligatoire ne dérive pas des éléments qui, rationnellement, le composent, mais où il est une sanction, arbitrairement accordée à des situations de fait, parce que selon les mentalités, à la fois matérialistes et fanatiques, ces situations présentent des conditions

(1) Cf. Girard, *Manuel*, p. 587.

favorables à la mise en œuvre de l'une ou l'autre de ces deux tendances.

Puis, en une seconde phase, le contrat innomé entraîne une *condictio* qui compense minutieusement les déboursés par leur restitution même [1]. C'est l'âge du matérialisme et de l'action exclusive de la cause.

Enfin, l'exécution de l'un des engagements devient un droit à l'exécution de l'autre, et est sanctionnée d'abord par une *actio in factum*, puis par l'*actio præscriptis verbis* [2]. C'est l'apparition du principe psychologique et de l'action de la volonté. C'est l'acheminement vers le contrat consensuel qui est le mélange le plus intime d'une cause et d'un vouloir [3].

II. — Au reste, il convient de ne point exagérer ce premier effort de la volonté, par ailleurs, incontestable. La part qu'il faut lui faire, c'est la reconnaissance de la manifestation du but qui gouverne l'acte. Mais sous cette orientation, la cause garde son pouvoir qui est seulement élargi et purifié par l'idée. L'émolument, à lui seul, postulait le retour de la chose même chez le créancier. L'émolument, éclairé par l'idée, n'appelle qu'une compensation moins parfaite en quantité, moins adéquate, mais qualitativement incomparablement préférable, parce qu'elle est l'expression d'un raisonnement et la satisfaction d'un désir ; la cause n'est plus forcément l'objet, mais la compensation que la volonté lui donne pour équivalent. Et c'est ainsi que pour comprendre toute la cause il faut faire un emprunt à la volonté, de même qu'il faudra, pour comprendre toute la volonté, l'appuyer sur la base matérielle et sûre de la cause. Chacun de ces deux éléments — cause et volonté — a un domaine propre et strictement défini, mais qui s'achève par une zone de contact avec le domaine de l'autre élément, et c'est par là qu'est réalisée cette combinaison très particulière qu'est l'obligation.

(1) Cf. Girard, *Manuel*, p. 587.
(2) *Ulp. Dig.*, II, 14, 7, 2.
(3) Cf. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté*, p. 407.

III. — Nous avons ainsi assisté à l'élaboration logique de la cause, c'est à dire à la fixation de la part qu'a l'élément matériel à la création de l'obligation. Force inconsciente d'abord, comme dans le troc, elle s'affirme dans la *condictio,* puis elle s'obscurcit et n'a presque plus qu'une action fictive dans l'ensemble des *causæ civiles*. Mais à nouveau, elle se dégage parmi elles, sous l'hypothèse particulière du contrat réel. Elle atteint enfin son maximum et trouve sa limite dans le contrat innomé : elle est un principe de l'obligation, mais non le principe unique de l'obligation ; elle fixe son étendue quantitative, mais ignore sa valeur qualitative. Il ne faut pas dire simplement : *suum cuique tribuere,* ce qui est voir l'action fragmentaire de la cause, sans comprendre l'ensemble de l'obligation. Il faut reprendre la phrase entière de Justinien : « *Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuens*[1] ». La Justice est réalisée par l'équilibre des prestations entre les patrimoines, mais alors que cette répartition est l'expression sûre et définitive d'une volonté qui la poursuit.

Section 3. — Évolution du Principe intellectuel. Du Formalisme a la Volonté

Pour réaliser toute la justice dans l'obligation il faut autre chose que la cause. Idée évidente de par le raisonnement : c'est par lui que nous venons de la concevoir. Idée non moins forte, et plus rapidement influente, de par le sentiment : c'est par lui que les peuples primitifs y atteignent. En dehors de la force matérielle et insuffisante que nous venons de voir jouer, il ne saurait exister que la force intellectuelle de l'idée. Dangereuse et délibérément rejetée lorsqu'elle se manifeste dans le vouloir indépendant de l'individu, il paraît possible de ne la retenir que dans ce vouloir prédéterminé et sûr que sera le formalisme.

(1) *Institut.*, L. I, 1.

Il est le point de départ de la seconde influence qui modèle l'obligation.

En lui, il convient, avant tout, de distinguer deux tendances: celle qui, plus générale, témoigne d'un acheminement vers une notion de l'équité sociale et de l'ordre public ; et celle qui, plus spéciale et plus précise, marque un développement nécessaire de l'équité individuelle, vers la reconnaissance de l'effet du vouloir. C'est de la seconde seulement que nous avons à nous occuper ici ; la première doit former l'objet de notre prochain chapitre, spécialement consacré aux influences sociales.

Ce que nous voudrions dégager, c'est donc uniquement la progression rationnelle qui a acheminé d'un formalisme exigeant, parce qu'un peu inconscient, vers la reconnaissance plus pénétrante de la volonté qu'il enveloppe.

I. — Le vouloir étant écarté comme élément créateur, ne peut pas, en certains cas au moins, ne pas être conservé en tant qu'un fait existant. En effet, lorsqu'il n'existe pas, comme dans l'enrichissement indû, ou encore lorsqu'il est indifférent, parce que mal fixé dans son but, comme dans le paiement de l'indû, il est normal de fonder l'obligation sur la seule donnée réelle. Mais si l'on passe du quasi-contrat au contrat, c'est à dire si l'on envisage un cas dans lequel l'obligation, également nécessaire, est dans la dépendance de manifestations de volontés qui la provoquent, la donnée réelle de la prestation est au second plan et il s'impose de reconnaître une valeur à l'élément psychologique. Le formalisme est le résultat direct de cet état de choses.

Sans qu'on puisse affirmer qu'il soit uniquement une fixation de la pensée trop mobile des parties, il est un fait qui dépend d'elle. Là où il n'y a pas de volonté, il n'y a pas de formalisme. Le respect d'une forme est dans la dépendance de l'existence d'une intention, souvent même de cette intention très pure et très absolue qui engendre la volonté-abstraite. Dans le quasi-contrat ce qui est évident c'est le déplacement d'une valeur, et

c'est la valeur qui tend à créer l'obligation. Dans le contrat ce qui est évident c'est l'expression d'une idée, et c'est l'idée qui tend à créer l'obligation. Et ainsi l'élément subjectif se fixe directement dans le contrat, comme nous avons vu l'élément objectif se fixer directement dans le quasi-contrat.

II. — Mais tandis qu'aujourd'hui l'élément subjectif s'est assuré et est capable d'engendrer des obligations, il ne parvient tout d'abord qu'à faire imaginer des hypothèses obligatoires ; il détermine certains des moules contractuels réunis dans la catégorie générale des *causæ civiles*. Celles-ci groupent donc les deux puissances inverses qui semblent pouvoir déterminer l'état d'obligé : le réalisme et le formalisme. Seulement, au lieu que le premier ne suscite qu'une combinaison — celle du contrat réel — car la valeur et le sens de la prestation sont uns et certains, le second en propose plusieurs, car l'idée est incertaine et arbitraire, tant qu'elle n'est pas la volonté. Nous avons alors le contrat verbal, qui est tout entier formaliste ; le contrat littéral, qui ne fait plus que canaliser la pensée en la soumettant à la condition formaliste de l'écriture ; le contrat consensuel enfin, qui limité dans ses cas d'application, n'est encore qu'une libération incomplète de la volonté.

Nous allons suivre cet effort d'ordre intellectuel, dans son origine, où il est une force spirituelle et magique, dans sa réglementation, où il devient proprement le formalisme, dans son achèvement où perce la volonté, tandis que la forme tombe comme une gaîne vide. Et, comme le principe matériel qui appelait la volonté, nous verrons alors le principe psychologique, dégagé et pur, accuser après sa nécessité son insuffisance, et évoquer l'assise matérielle de la cause.

A. — Le Spiritualisme primitif

Au seuil de cette évolution du concept intellectuel, il est une remarque caractéristique qui s'impose. Tandis que l'élément réel

se transforme et se perfectionne sans heurts, depuis le matérialisme du délit jusqu'à la cause de l'obligation née d'un fait licite, une tout autre apparence caractérise le travail de l'élément intellectuel. Dans la première phase historique, quoique rare, il existe, et c'est alors dans sa plus grande pureté : c'est l'âge de ces échanges entre voisins et de ces phénomènes de confiance réciproque entre proches, que nous avons considérés, et dans lesquels la volonté est la seule base de l'obligation. Mais soudain, les esprits se ressaisissent, comme s'ils avaient conscience de s'être engagés sur une route dangereuse, et dès que l'on peut parler de relations juridiques, un axiome règne : *Ex pacto, actio neque nascitur, neque tollitur*[1]. Il apparaît comme une de ces vérités de l'intellect, pour lesquelles le sentiment ne s'abaisse pas à demander l'appui du raisonnement. Il convient donc de négliger ce qui ne fut qu'un éclair et de repartir d'un nouveau néant.

I. — Le complément nécessaire à la convention, pour qu'elle ne soit pas lettre morte, n'est plus cherché dans la valeur même de l'activité matérielle ; il est fourni par l'idée, sous l'empire d'un spiritualisme capricieux. Mais au lieu que le fait matériel est un dérivé des relations purement profanes des hommes, c'est, au contraire, d'une religiosité souvent tyrannique que se dégage cette puissance secrète, cette nécessité un peu ténébreuse, qui n'est presque qu'un pressentiment, mais qui, pour cette raison même, est accueillie avec soumission [2]. Et l'on peut reprendre, pour qualifier cette sorte d'instinct juridique, la belle phrase de Modestin sur le mariage : « *...divini et humani juris communicatio*[3] » ; il est vraiment un mélange de raisons divines et de raisons humaines. Et n'est-ce pas, au fond, toujours un même concours

(1) Cf. *Ulp. Dig.*, II, 14, 7, 4, 5. — Paul, *Sent.*, II, 14, 1.

(2) « Ces rites religieux ou magiques doivent produire des effets nécessaires s'ils sont fondés sur la *Némésis*. Ils constituent donc la première sanction des obligations. » Huvelin, *Les tablettes magiq.*, *op. cit.*, p. 10.

(3) *Dig.*, XXIII, 2, 1.

qui, depuis la Themis des poèmes homériques jusqu'à l'équité moderne, constitue, sous des formes peu différentes, l'harmonie nécessaire entre l'énergie des choses et l'appel de la conscience ?

Mais cette action obscure et lointaine est, en même temps, un effort vers la volonté. C'est un même mouvement qui engendre successivement le fétichisme magique, le serment religieux, le pacte du droit canonique; et ces transformations sont les résultats successifs d'une philosophie spiritualiste dont l'aboutissement dépassera la volonté même et posera des devoirs moraux. Le stoïcisme ne laisse à la fatalité que le monde extérieur et découvre dans le monde intérieur la volonté et sa puissance [1]. Le droit canonique dira que c'est une croyance légitime en nous et en autrui qui crée le droit et fonde l'obligation [2].

Mais primitivement, il s'agit d'une croyance dans les forces supérieures et puissantes qui dominent l'homme et qui doivent être, par conséquent, capables de lui imposer le joug d'un lien obligatoire. C'est quelque chose de comparable à l'action de la famille, mais avec une origine plus mystérieuse qui engendre une autorité moins contestable. Le fétichisme et la magie acquièrent un rôle créateur à l'heure de l'émancipation individuelle; ils sont le premier et inhabile aveu de la soumission nécessaire de l'homme à une puissance extérieure à lui, et qui montre en lui la juxtaposition de l'être social à côté de l'être individuel. Le groupement religieux, d'abord plus vivant que le groupement social et plus porté que lui à accueillir les cérémonies et les rites qui restreignent les incertitudes existantes, devait logiquement connaître une autorité souveraine. Et ainsi qu'a pu le dire M. Huvelin, la magie apparaît comme l'intermédiaire entre la force matérielle et la force publique [3].

Les premières formes de ces pratiques qui ont le pouvoir de

(1) Cf. Ahrens, *Cours de droit naturel*, p. 538 et suiv.

(2) Cf. Ahrens, *Ibid.*, p. 543-548. — Huvelin, *Les tablettes magiq.*, p. 62-66.

(3) *Année sociolog.*, 1905-1906, p. 27.

créer des situations qui normalement n'eussent pas été obligatoires, sont matérielles, car il semble que même pour révéler une idée, le procédé primitif ne puisse être que l'emploi d'un fait concret. On touchera, par exemple, des fétiches ; plus tard, des reliques.

Mais bien vite, c'est une forme plus parfaite qui révèle ce spiritualisme naissant. Le pouvoir magique et le pouvoir religieux sont, le plus souvent, inclus dans une déclaration.

Ce sont les formules magiques de la *damnatio,* qui se retrouvent dans le *nexum,* dans le contrat verbal, dans le legs *per damnationem*. Ce sont les formules religieuses des imprécations, des anathèmes, des malédictions, auxquelles se rattachent parfois des clauses pénales [1]. Elles se concrétisent dans le *nomen* qui est une créance magique avant d'être une créance civile [2]. C'est qu'en même temps qu'on redoute la volonté qui facilite les actes indéterminés ou complexes, on a l'impression de la nécessité de fait qu'il y a à reconnaître une obligation consécutive à certaines de ses manifestations. Il faut faire suivre le vouloir d'effet, tout en imaginant que ce n'est pas lui qui l'engendre. Et comme ce n'est guère que le sentiment qui exige, assez obscurément du reste, cette sanction, c'est dans une idée qu'on en cherche le principe. Idée non point tout à fait pure — l'abstraction est comme un vertige pour les cerveaux primitifs — mais mélangée singulièrement de matérialisme : ce sont les gestes, les symboles, les déclarations solennelles plus affinées déjà. Ce formalisme religieux ne fait naître qu'un devoir de conscience, mais il achemine vers le formalisme civil, que réalisera parfaitement le *stipulatio,* et qui fait naître une obligation juridique [3].

On pénètre le pouvoir de ces termes particuliers, que n'ont pas les paroles banales, en considérant leurs effets. Ils ont quelque

(1) V. Brissaud, *op. cit.*, t. II, p. 1388 et suiv.

(2) Sur l'origine du mot et sa parenté avec νομος et avec *numen*. V. Huvelin, *Les tablettes magiq.*, p. 26-27. — « La seule inscription d'un *nomen* a une vertu surnaturelle, crée à la charge de la personne dénommée une obligation magique », *loc. cit.*, p. 28-29.

(3) Paul, *Sentences*, V. 7, 1.

chose de décisif, qui dépasse la puissance purement humaine, et qui est bien magique ou divin [1]. L'obligation est absolue et rigide. Sa validité est appréciée immédiatement ; on ne saurait la confirmer, non plus que l'affecter d'un terme ou d'une condition, ce qui supposerait un retour au vouloir profane.

On demeure tenu même si la prestation est devenue impossible, car l'obligation ne dérive pas plus de la chose que du vouloir. Enfin, l'obligation s'éteint par un cérémonial parallèle et inverse de celui de la création, car seules les puissances supérieures peuvent se détruire elles-mêmes. S'il advenait, d'ailleurs, que le débiteur niât sa dette, il se verrait condamné au double comme dans l'obligation délictuelle, car ici aussi il y a autre chose à acquitter que la dette objective, et si ce n'est pas la réparation d'un tort individuel, d'une faute, c'est celle d'un tort religieux, d'un péché [2].

II. — Ce spiritualisme bien impur devait se perfectionner, et en même temps qu'il allait ouvrir la voie au formalisme du droit civil, il allait, dans une évolution propre — le *fas* étant désormais distingué du *jus* — être un acheminement direct vers la reconnaisance du principe volontaire.

Ce devait être la mission du droit canonique. Il connaît le serment, apparu déjà précédemment, et auquel le droit égyptien [3] en particulier avait été très favorable. Il lui fait une large part sous les deux chefs du serment confirmatoire et du serment promissoire [4]. C'est là une véritable révolution dans la détermination du principe obligatoire. L'obligation ne fait plus que suivre

(1) Cf. l'emploi magique du mot δαμνω. Huvelin. *Les tablettes magiq.*, p. 35. — Cf. Les invocations à Δαμυαμευευς (δαμναω — μευος : le dieu qui assujettit la volonté) ou au *Divus Nodens*. Huvelin, *loc. cit.*, p. 39.

(2) *L'infitiatio* comporte déjà l'idée de l'incorrection de la volonté.

(3) Revillout, *Précis du droit égyptien...*, t. II, p. 1184.

(4) Brissaud, *Op. cit.*, t. II, p. 1402 et suiv. — V. *Décret de Gratien*, II, C. 22, x, 2, 24.

et sanctionner le vouloir. Non point, à la vérité, que ce soit par lui seul et par sa vertu exclusive qu'il entraîne l'obligation. Le serment est vraiment l'intermédiaire entre la formule magique et la déclaration d'une volonté. Il emprunte à la première la formule, en abandonnant la magie ; il emprunte à la seconde la volonté, en n'atteignant pas encore l'indépendance de la déclaration. Et c'est la formule qui est encore créatrice de l'obligation, au moins autant que la volonté. La volonté doit être coulée dans une certaine formule ; et en définitive, ce qui fonde l'obligation, c'est bien l'appréciation de l'individu, mais complétée par l'appréciation sociale, qui n'autorise que certains vouloirs, et qui les reconnaît à ce qu'ils sont exprimés en une certaine forme.

La puissance encore primordiale de la forme apparaît, par exemple, dans un détail symptomatique. Alors que l'Église interdit les intérêts de l'argent, elle déclare que ceux qui sont dus en vertu d'un serment devront être payés. Après quoi, il sera possible de les répéter[1]. Image vivante d'un raisonnement strict, et qui néglige les solutions pratiques, pour ne chercher que les solutions conformes aux principes qui sont censés exprimer la vérité. Preuve évidente surtout du permanent effet extra-humain de la formule. Rien ne vaut si elle ne l'enveloppe ; mais tout vaut dès qu'elle existe. Le droit canonique en conclut que la simple convention est génératrice d'obligation, si un serment l'accompagne. Et alors que, théoriquement, on est très loin encore de la volonté pure, on en est, en fait, très proche, car il n'y a plus pour en séparer que l'exigence d'une solennité qui devient de moins en moins primordiale et sera bientôt adventice.

III. — L'Église défend le dogme de la volonté, en se plaçant au seul point de vue moral. C'est sur l'idée de péché qu'en 348 s'appuie le concile de Carthage pour poser le principe : *Pacta cus-*

(1) Gratien, C. x, 2, 24. Cf. Brissaud, *op. cit.*, t. II, p. 1404, n. 5.

todiantur[1], qui fonde devant les cours d'Église la première action *ex nudo pacto*. Mais c'est là le pont naturel entre le pouvoir spirituel et supra-humain de la formule et le pouvoir psychologique et humain de la volonté.

Plus tard, au XIII[e] siècle, les philosophes renforceront ce mouvement, en critiquant le formalisme, et sans voir sans doute, que ce à quoi ils l'opposent — la volonté — n'en est que l'aboutissement. C'est alors, en équité, que d'accord avec eux, les canonistes sanctionneront l'intégralité des pactes nus[2].

Enfin ils achèveront le perfectionnement du concept volontaire, de concert avec les juristes, en se livrant aux analyses profondes et révélatrices du soubassement des institutions. Ils atteignent alors à une règle lumineuse et pure, explicatrice et pleine : *Pactum nudum a forma non a causa*[3].

Distinction d'une profonde lucidité, qui contient une histoire en même temps qu'elle en propose l'achèvement parfait. C'est redire, en effet, l'erreur qui a consisté à chercher dans une formalité le complément qu'il faut donner au vouloir pour qu'il soit légitimement générateur d'obligation, et c'est affirmer la nécessité permanente de cet élément, plus clairement entrevu, et qui est la cause.

Le spiritualime primitif, puis le formalisme religieux ont donc tendu vers la volonté. Mais avant de reconnaître la libération définitive de celle-ci, il nous faut en revenir au formalisme purement juridique et voir comment il s'est d'abord renforcé, avant que de laisser libre cours à la donnée psychologique qui se cherchait.

B. — Le formalisme

Le formalisme est déjà un progrès, inconscient peut-être, sur la magie. Au lieu que celle-ci est autre chose que la volonté, nous

(1) V. BRISSAUD, *op. cit.*, t. II, p. 1406.
(2) *Décrétale de Grégoire IX*, I, XXXV. *De pactis :* 1, 2, 3.
(3) V. BROCHER, *La genèse du contrat*, p. 527. — GOUNOT, *Le principe de l'autonomie.....*, p. 413.

venons de voir que, lui, est au moins connexe à la volonté. Il est le phénomène qui succède à ce fétichisme assez grossier, lorsque le vouloir étant devenu effectivement évident, demeure cependant rationnellement impalpable. On s'écarte doucement de l'emprunt fait au monde immatériel, car le monde matériel semble devoir se suffire et pouvoir compléter le vouloir par des données qui lui soient propres. Ce qu'il faut, c'est immobiliser celui-ci, le fixer : la solennité, à laquelle la magie a accoutumé, sera cette garantie, identique en apparence, et dont le sens seul diffère. Ce sont, à peu près, les mêmes cérémonies que l'on retrouve ; elles ont glissé vers une interprétation neuve de traits déjà connus..

Les transformations d'ordre intellectuel sont souvent profondes quoique peu apparentes ; le fond des institutions change derrière une façade qui demeure.

I. — Le formalisme apparaît donc comme un dérivé très ferme d'une volonté un peu incertaine. La méconnaissance par les primitifs de l'acte volontaire pur contient une idée juste. Ce qui ne suppose que le vouloir, sans raisons au-dessous de ce vouloir, c'est l'acte passionnel, c'est l'acte du fou, δια παθος, εν θυμῳ disaient les Grecs. Mais atteindre ces raisons profondes qui sont son infra-structure est difficile et souvent arbitraire. Aussi des deux grands dangers que présente le vouloir — son incertitude et sa mobilité — on ne s'efforcera d'abord que de conjurer le second, plus aisé à atteindre et dont la disparition rendra inoffensif le premier. On fixe cette volonté dans un solennité apparente, et c'est celle-ci qui pratiquement sera seule prise en considération.

Le formalisme, à un point de vue plus général, était encore une nécessité dans le chaos primitif, afin de démêler ce qui est vraiment juridique de ce qui ne saurait l'être, afin de réglementer ce qui peut légitimement engendrer l'obligation et ce qui ne le peut point. Au lieu d'être une gêne, il est un besoin ; il est une

phase logique du développement des conceptions humaines, dans laquelle l'idée même veut être incluse dans quelque chose de sensible. Et c'est pourquoi le droit grec, trop spiritualiste dès l'abord, n'a pas atteint à la perfection du droit Romain, demeuré plus matérialiste.

Mais il faut aller plus loin encore et reconnaître au formalisme des qualités permanentes qui expliquent sa survivance jusque dans le droit moderne. Il est net et clair, ce qui doit être une caractéristique du droit qui se résout toujours en une sécurité. Il distingue, sans contestation possible, la préparation de l'acte juridique et sa réalisation définitive, car il constitue le sceau de la volonté juridique arrêtée. Il facilite ainsi le diagnostic juridique, en extériorisant les éléments d'appréciation. Il est vraiment l'accord sensible des volontés, ou plutôt, la manifestation sensible d'une volonté, car il est toujours unilatéral ; il décompose les actes complexes, et si par là il leur retire de leur cohésion, il leur communique, en revanche, une autre force.

En sorte que le sens où il conviendrait qu'il fût toujours dirigé est celui d'un intermédiaire entre la chose et l'idée, d'une fixation de l'idée, dans tous les cas où précisément cette idée est saine parce qu'elle repose sur une réalité. Il doit être une image et non une fiction. Il doit être la révélation simplifiée et clarifiée des deux forces engendrées par le vouloir et par l'enrichissement.

Or, ce double caractère n'est pas, ainsi que nous l'avions déjà pressenti, étranger au formalisme. Certains de ses traits ne sont point attribuables à l'idée de volonté qu'il met en œuvre, mais à l'idée d'émolument qu'il contient aussi. Son origine, proche de celle du gage [1], suppose cet équilibre que recherche l'échange des prestations, et dont la préoccupation se retrouve, par exemple, dans l'acte *per æs et libram*, et peut-être aussi dans la symétrie mathématique des pratiques formalistes, telle que l'extinction de

(1) *V. supra*, p. 39 et suiv.

l'obligation par les cérémonies exactement inverses de celles qui l'ont créée [1].

Mais faisant suite aux productions de la magie, les productions du formalisme transforment progressivement les pratiques de fait en pratiques de droit. Elles sont successivement la forme qui enferme l'idée dans un acte totalement matériel, puis le mot qui la soumet à une déclaration préétablie, enfin l'écrit qui n'est plus que la manifestation certaine de l'idée.

II. — Le premier procédé du formalisme est une cérémonie matérielle, nettement destinée à endiguer les excès de la libre volonté ; il est la *forme*, réalisation même du formalisme. Il faut un acte apparent, et comme celui-ci ne saurait être mieux imaginé que par la prestation, c'est dans son apparence que l'on se complait. Nous sommes très proches encore de la conception matérialiste et première de la cause, telle qu'elle joue, par exemple, dans le contrat réel [2]. Mais la valeur de la contre-prestation évolue, de jour en jour, du sens quantitatif vers le sens qualitatif. Elle devient la remise d'un objet de peu de valeur objective, mais d'une large portée subjective, d'un anneau, par exemple. Et le formalisme semble, de ce point de vue, comme un succédané du principe d'équivalence. Il remplace celui-ci lorsque la volonté prétend se suffire au fond. Et ceci jette un nouveau jour sur la transformation progressive des *arrhes* [3]. Primitivement image d'une simple matérialité, elles deviennent « le signe extérieur du consentement nécessaire à la consommation du contrat [4] », avant de dégénérer en un procédé de dédit. Le formalisme originaire montre que ce qui est le plus profond élément de l'obligation c'est le réalisme qui est à la base de la cause, plus encore que l'idée qui est à la base de la volonté [5].

(1) Cf. Girard, *Manuel*, p. 685.
(2) V. Plesnila, *Analyse critiq. de la théorie des contrats réels*, p. 42 et suiv.
(3) V. *supra*, p. 40
(4) Molitor, *Les obligat. en droit Romain*, t. I, p. 212-224.
(5) Cf. Girard, *Manuel*, p. 479, n. 2.

Mais fatalement, cette première conception du formalisme se transforme, car ce qu'on cherche pratiquement en lui c'est un germe obligatoire d'ordre intellectuel, nettement différent du germe matériel qui soutient le contrat réel. Or, les circonstances mêmes se prêtent à cette transfiguration. Dès l'instant que l'acte extérieur exigé n'est plus une équivalence adéquate, il peut être interprété aussi bien comme un symbole que comme une contre-prestation. L'anneau donné ne fonde pas l'obligation parce que l'or dont il est fait représente une certaine valeur, mais parce qu'il émane d'une certaine personne, parce qu'il est l'heureuse image d'un lien [1].

Alors, à mesure qu'on s'éloigne de la raison foncière qui se perd et s'oublie, la forme se diversifie à l'infini. Expliquer ce qui fait imaginer telle ou telle est aujourd'hui à peu près impossible, et importe peu, en somme, à moins de se placer au pur point de vue historique. Nous sommes dans le domaine du convenu et du fictif : il suffit d'un fait pour constituer l'image et d'une image pour soutenir l'obligation. Et c'est ainsi qu'on passe bientôt de la remise effective d'un objet de peu de valeur, voisine encore de la contre-prestation, au fait proprement dit — un symbole, un geste — qui en est totalement détaché. L'appui donné à la volonté conventionnelle privée n'est qu'une cérémonie, également conventionnelle, mais d'un caractère public.

Ce sont les traits qu'on trouve progressivement à la *wadiatio* [2] des XII^e^ et XIII^e^ siècles, qui est sensiblement un cautionnement et est donc assez matérielle encore ; puis à l'imposition de l'épée et plus anciennement de la *festuca* [3] des Ripuaires ou même de la *stipula* [4] des Romains, qui fut, sans doute, l'ancêtre de la *stipulatio ;* ou encore au toucher du vêtement, en usage chez les Juifs de Metz [5]. Il ne s'agit plus d'une valeur sensible, mais uniquement d'une forme

(1) Cf. Huvelin, *Année sociolog.*, 1905-1906, p. 30.

(2), (3), (4) Cf. Viollet, *Op. cit.*, p. 640 et suiv. — Brissaud, *Op. cit.*, t. II, p. 1388 et suiv.

(5) Cf. Viollet, *Op. cit.*, p. 647. Le *Quinianzouder* ou acquisition par le vêtement.

sensible, dont la diversité va croissant. C'est la *paumée*[1], le vin du marché, le denier à Dieu[2], qui est un rappel du spiritualisme primitif; la *fiance*[3] ou foi jurée, qui ressemble au serment religieux, mais dont la force est plus intellectuelle que spirituelle. Le consentement pointe dans le formalisme qui l'enserre : on va *plévir sa foi*, *pléger*[4], mais cet acte volontaire demeure accompagné du geste, de la main dans la main, ou de la main droite étendue ; c'est le *fides corporalis* ou *manualis*. « Ne présente pas la droite à tout venant », disait déjà Pythagore.

Le droit germanique et le droit coutumier contiennent d'innombrables mises en œuvre de ces pratiques, car c'est l'époque où les besoins du commerce et l'affinement des consciences tendent avec certitude à l'atténuation du matérialisme juridique. Ils décident de la préférence définitive donnée à la formule sur la forme.

III. — Puisqu'en effet la cérémonie extérieure n'est utile qu'en tant que fixation de la volonté interne, comment la mieux établir que par une déclaration formelle ? La puissance spirituelle ou magique du mot ne fait qu'assurer cette tendance, et c'est l'autorité supra-humaine du verbe, plus encore que la précision du terme, qui commence à engendrer l'obligation. C'est ce qui se retrouvera dans l'engagement en termes solennels, qui crée un point d'honneur et qui oblige d'une façon sensible et sentimentale à la fois. Le droit germanique dira : « *Ein Mann, ein Wort*[5] », donnant ainsi au mot son efficacité la plus grande, mais atteignant en même temps la reconnaissance du vouloir.

Mais cette orientation intellectuelle de l'obligation sous l'empire du mot n'est pas décisive ; le type obligatoire essentiel et autonome qu'il provoque tout d'abord c'est le contrat verbal, dont la

(1), (2) Cf. Viollet, *Op. cit.*, p. 640 et suiv. — Brissaud, *Op. cit.*, t. II, p. 1400 et suiv.

(3) Cf. Brissaud, *Op. cit.*, t. II, p. 1384.

(4) Cf. Le *pleige*. Viollet, *Op. cit.*, p. 635.

(5) Cf. Brissaud, *Op. cit.*, t, II, p. 1378 et 1392.

rigidité absolue ne révèle nullement l'idée pure[1]. La *stipulatio* romaine qui est un tout définitif, qu'on ne peut ni modifier ni compléter, mais seulement refaire, est à cet égard caractéristique. Cependant l'origine du mot lui-même se prête à la double explication, qui toujours réapparait, soit que avec Festus[2], on y retrouve cette *stips lata*, désignant une sorte de monnaie, ce qui donnerait une base toute matérielle à ce formalisme, soit que avec Isidore de Séville[3], on donne à *stipula* le sens de paille, de fétu, ce qui ferait de ce formalisme un fait premier et autonome, spirituel ou intellectuel dans sa source.

En réalité la *stipulatio,* comme les types formalistes en général, et comme plus tard l'obligation, groupe les deux tendances, en une proportion déterminée ; il semble qu'en elle ce soit l'élément intellectuel qui l'emporte, mais l'élément matériel a cependant gardé un rôle. Elle est la présomption d'une prestation antérieure qui postule une contre-prestation ; elle est plus encore un pouvoir sur la volonté débitrice qui s'est engagée. Elle est au moins le rappel de l'élément matériel du *nexum* désuet qu'elle a remplacé : c'est proprement le *debitum ;* et elle est de plus l'élément psychologique d'un serment religieux, maintenant laïcisé : c'est proprement l'*obligatio.*

C'est ainsi que l'on pourrait presque voir dans la *stipulatio* une forme parfaite de l'obligation, groupant en son sein la double exigence de la cause et du consentement. Elle est, comme le dit Ihering « une quittance de valeur reçue, avec promesse d'une prestation personnelle ultérieure[4] ». Peut-être les Romains qui l'employaient n'ont-ils pas recherché ces deux réalités ; mais n'est-ce pas là précisément la marque de leur nécessité que de les voir s'organiser d'elles-mêmes à l'intérieur de l'obligation ?

(1) Cf. *Gaïus, Instit.* IV, 11.
(2) *V° stips.*
(3) *Orig.*, V. 24, 30.
(4) *Zweck im Recht*, I, p. 185.

Sans doute, il arrive que la *stipulatio* soit l'équivalent d'une promesse abstraite détachée de sa cause, mais cette hypothèse n'est-elle pas, au fond, exceptionnelle ? Sans parler de cas tels que ceux de la *stipulatio debiti* où la validité de l'opération est nettement subordonnée à l'existence de la cause, nous voyons la jurisprudence romaine admettre parallèlement à l'*exceptio doli*, qui protège le consentement, la *condictio sine causa* ou la *querela non numeratæ pecuniæ*, qui garantissent la réalité de la prestation. La question et la réponse n'ont point ici simplement mission de dégager des volontés dans leur plus grande netteté, comme elles le font, par exemple, dans le mariage moderne. Elles sont à la fois inférieures et supérieures à cela. Elle sont, au-dessous de la pure volonté, la supposition d'un enrichissement qui l'explique, et, au-dessus d'elle, une croyance un peu superstitieuse en la puissance d'une formule solennelle. C'est bien toujours le vouloir qui se cherche, mais qui n'a pas encore conquis son indépendance, et qui, sollicité par les deux pôles inverses du matérialisme et du spiritualisme, oscille de l'un à l'autre, sans trouver sa stabilité.

IV. — Mais voici qu'une autre modalité extérieure, qu'un autre formalisme va nous en rapprocher davantage : c'est l'écriture, principe du contrat littéral. L'écrit, fréquent dans le droit Romain, comme en toute législation avancée, devait finir par avoir une importance primordiale [1] ; c'est un ordre logique, nous allons le voir.

La lettre, comme toute adaptation du formalisme, contient au moins le vestige d'une puissance magique qui peu à peu évolue et fait place à la donnée plus positive de l'accomplissement fictif d'un acte matériel [2]. Il y a dans le « c'est écrit » des Orientaux

(1) Stouff, *Nouv. rev. histor. 1887*, p. 249. — L'écrit en droit grec, au contraire, n'est une nécessité dans aucune obligation. Les parties qui l'emploient y cherchent une simple sécurité. Dareste, *Nouv. étud. d'hist. du droit*, p. 96 et suiv.

(2) « L'écriture s'est introduite de bonne heure chez les peuples italiques ; il

une sécurité plus absolue encore que dans le *spondeo* du contrat verbal ; et c'est elle que l'on aime à trouver dans le contrat *litteris*. Mais bientôt la certitude matérielle disparaît derrière la certitude psychologique. C'est davantage celle-ci que recherche, par exemple, le contrat *per cartam* du Moyen Age. L'écrit devient essentiellement le garant de la volonté, car on sent que c'est celle-ci qui importe. D'ailleurs, il contient souvent aussi l'adjonction *sociato fisco* [1], ou celle de clauses pénales [2], ou simplement d'imprécations, et c'est tout cela qui fonde l'obligation aussi bien que l'écrit même. Mais ce mélange a l'heureux effet de ne plus donner à l'écrit que le rôle d'être une garantie. Beaumanoir dit bien encore qu'on s'oblige « par lettres [3] », mais il n'est pas très téméraire de supposer que ce n'est plus là qu'une affaire de preuve.

V. — De plus en plus, le formalisme va désormais faiblir, accuser son imperfection, laisser filtrer la pensée contenue dans la volonté et qui a acquis une certitude plus grande. C'est que le formalisme, s'il permet une interprétation facile et s'il achemine vers une langue précise, n'a que cet avantage tout négatif : il évite un danger, il n'a pas de valeur principale et directe. Et encore est-ce au prix d'un autre risque, car il est tendancieux d'affirmer : « Tout ce qui est écrit est voulu », alors qu'il n'y a d'autre argument pour le démontrer que le fait même de l'écriture. Il faut vraiment considérer le vouloir lui-même et remonter de la déclaration au raisonnement qui l'a précédée, donc se détacher de l'élément extérieur en faveur de l'élément intérieur.

serait peu vraisemblable que ces peuples ne l'eussent pas employée pour perpétuer les rites religieux et magiques ». — Huvelin, *Les tablettes magiq.*, p. 23.

« L'inscription sur le *Codex* peut servir à rendre juridiquement obligatoire la promesse de payer une somme d'argent qui n'a pas été réellement prêtée ». Cuq, *Man. des institut. juridiq.*, p. 422.

(1) Brissaud, *Op. cit.*, t. II, p. 1396.

(2) Brissaud, *Ibid.*, p. 1395.

(3) Brissaud, *Ibid.*, p. 1412.

Comme l'analyse n'arrive pas, tout d'abord, jusque là, on s'en tient à des solutions empiriques ; on ne fait pas de la volonté une condition positive d'existence de l'obligation ; mais de son inexistence ou de son vice, on arrive à faire une condition négative, c'est à dire une exception qui paralysera les conséquences illégitimes de l'obligation : *exceptiones doli, metus,* etc...

Puis c'est au sein même de l'acte que pénètre l'interprétation nouvelle. L'acte formaliste n'est plus aussi rigide : on peut le compléter. Il n'est plus aussi squelettique : il peut contenir des modalités et même un pacte adjoint. La représentation devient possible ; des usages sont sous-entendus ; c'est l'obligation de bonne foi qui se fait jour avec ses sanctions d'équité : *exceptio pacti, restitutio in integrum.*

Mais par là, il faut le reconnaître, on en arrive à s'appuyer tout autant sur le concept matériel que sur le concept psychologique. Le formalisme, dès qu'il se perfectionne, accuse le besoin d'être soutenu par la double base du vouloir et de l'enrichissement. S'il n'était qu'une formule magique, complétive du vouloir, toute opération se prêterait à pénétrer dans ce moule ; or, la donation, par exemple, n'a pas de réalisation formaliste ; n'est-ce point précisément parce que le vouloir s'y manifeste seul et que l'équilibre matériel lui fait défaut ? Et d'ailleurs, symétriques aux perfectionnements qui se rapportent à la volonté, le formalisme connaît des perfectionnements — telle l'*exceptio non numeratæ pecuniæ* — qui ne sauraient se référer qu'à la cause.

VI. — On sent particulièrement ce mélange du principe objectif et du principe subjectif au sein du formalisme, en considérant ce qu'était l'aliénation fiduciaire primitive, par laquelle se réalisait, par exemple, un nantissement ou un dépôt, peut-être même un prêt à usage. Le *pactum fiduciæ*, aux termes duquel il était convenu de restituer la chose, dont on avait faute de mieux transféré la propriété, était parfois adjoint à un *mutuum,* mais souvent aussi il était introduit dans les cadres de la *stipulatio* ou

de l'*expensilatio,* en sorte que l'opération était proprement un contrat formaliste dans lequel on trouvait, avec évidence, un transfert de propriété, produit de la cause, et une promesse de restitution, produit de la volonté. Mais c'est l'acte de volonté, le *pactum*, qui importe de plus en plus[1], et l'acte fiduciaire est un nouveau pas accompli vers le notion abstraite de l'obligation, qui devient le principal instrument du commerce juridique. « Son domaine, écrit M. Cuq, fut infiniment plus large que celui des droits réels, presque autant que le domaine de la volonté est plus étendu que celui du monde matériel[2] ».

Ainsi, peu à peu, le formalisme a précisé son véritable rôle. Il ne groupe pas un ensemble de contrats ; il est une réunion de modes de contracter. Il est un moule, auquel primitivement une analyse imparfaite, et auquel aujourd'hui parfois une nécessité pratique conduit à reconnaître une valeur propre ; il est fatalement une fiction. Et ce n'est point en le considérant qu'on découvrira les éléments constitutifs du lien obligatoire ; il faut chercher plus profondément et envisager l'acte volontaire que l'acte formel accueille en le masquant. Le formalisme n'est qu'un échelon pour passer de l'idée surnaturelle et magique à la donnée psychologique et volontaire. Dans le droit classique de Rome, et cet âge existe, sans doute, dans toutes les civilisations, deux types contractuels deviennent dominants : le contrat réel, en matière d'obligations unilatérales, dans lesquelles c'est la prestation qui est surtout apparente ; le contrat consensuel, que nous allons rencontrer maintenant, en matière d'obligations synallagmatiques, dans lesquelles ce qui est évident, c'est l'accord des volontés[3].

C. — La volonté

Lorsque le commerce se développe et se fait davantage avec

(1) Pompon, *Dig.*, L, 17, 206.
(2) *Les institut. juridiq. des Romains*, t. I, p. 702.
(3) Gaïus, *Institut.*, III, 136.

les étrangers, l'heure a sonné du remplacement des rapports formalistes par les rapports de bonne foi. C'est ce que nous constatons dans la Rome du v^e^ et du vi^e^ siècles. Bientôt Cicéron fera sentir cet effort vers une reconnaissance générale d'un type obligatoire, dans lequel l'intérêt du citoyen n'est plus préférable à la créance du non citoyen [1]. C'est la constitution d'un ordre social basé sur l'honneur, et dans lequel le juge dit ce que doit faire un honnête homme.

C'est, d'abord, le Prêteur qui valide les actes nuls au point de vue du droit civil, parce que la forme n'a pas été respectée, mais alors qu'ils sont cependant viables au point de vue interne. Dans son Édit va se trouver la phrase neuve et osée : *Pacta conventa... servabo* [2].

Puis, c'est l'âge où se trouve sanctionné le contrat innomé qui, comme nous l'avons vu, échappe progressivement au principe quantitatif.

La forme, comme la matérialité de la prestation, passe au second plan. Elle ne retient que ce qui est son apanage légitime : la question de preuve ; et la volonté libérée s'affirme de plus en plus, dans le contrat à titre onéreux d'abord ; puis dans le contrat à titre gratuit ; enfin, dans les manifestations de volonté unilatérale et dans l'indépendance de la volonté abstraite. Mais en atteignant cet épanouissement, la volonté accuse son insuffisance, et de même que la prestation a appelé le complément du vouloir, celui-ci recherchera la base de la prestation.

I. — Le droit primitif avait confondu deux choses : la question de droit et la question de preuve. Sentant l'impossibilité de reconnaître effet au pur vouloir, il ne démêle pas les deux questions contenues dans ce problème : La simple convention peut-elle être obligatoire par elle-même ? La simple convention peut-elle être prouvée ? La première question est proprement celle du for-

(1) *De Offic.*, III, 4 — III, 6.
(2) *Ulp. Dig.*, II, 14, 7, 7.

malisme, nécessité interne d'existence; la seconde n'est que celle de la solennité, nécessité externe de validité, reposant sur la publicité ou sur la preuve.

Par le premier moyen, on assure une protection des parties, mais en même temps, on voile le principe même de l'obligation; on crée une gêne, dont on cherchera parfois à se passer, et l'on fera alors un acte nul. La forme ne peut invoquer aucune autorité qui puisse faire d'elle une condition d'existence. Mais, comme en fait la question de preuve est capitale et que, ne pas pouvoir prouver son droit, équivaut à ne pas avoir ce droit, on comprend l'exigence plus profonde du formalisme et la tendance primitive à voir en lui un élément essentiel, dont on ne définit nettement, d'ailleurs, ni la raison ni le rôle. On peut en juger, par exemple, par l'importance persistante de l'écriture et du sceau qui l'accompagne. Au Moyen Age, l'acte écrit et recouvert du scel seigneurial ou du scel épiscopal, et, plus tard du scel public[1], constitue non seulement un acte inattaquable, mais un acte en soi générateur d'obligation, du fait de la solennité. C'est le début de l'orientation vers les actes publics passés devant notaire.

C'est ce qui a pu permettre de conclure au maintien du formalisme. M. Viollet, par exemple, écrit: « Le formalisme nous est indispensable, il nous est nécessaire. L'homme ne le supprime pas en se perfectionnant, il le déplace, le modifie, le développe et le multiplie[2] ». Cette assertion est exagérée dans sa généralité, et en tout cas, les éléments internes de l'obligation ne sauraient compter parmi eux le formalisme. Le lien obligatoire existe par ailleurs; la forme ne peut qu'y ajouter une double sécurité: sécurité envers les tiers, et c'est la publicité; sécurité envers les parties mêmes, et c'est la preuve. Le formalisme moderne

(1) Beaumanoir (34, 59 — 35, 18), dit qu'il y a trois sortes de lettres obligatoires, qui toutes le sont parce que revêtues d'un sceau: sceau du roi ou du seigneur, de l'officialité, enfin sceau privé. Cf. Brissaud, *op. cit.*, t. II, p. 1412 et suiv.

(2) *Hist. du droit civ. franç.*, p. 970.

peut toujours se ramener à l'un de ces deux chefs. C'est ainsi que la transcription ou l'enregistrement ne sont que questions de publicité ; l'intervention des officiers publics, des témoins, la nécessité de l'écrit ou le recours à la juridiction gracieuse ne sont que questions de preuve.

Mais dès lors que le formalisme accuse ce caractère, il ne nous intéresse plus ; il s'est opéré une scission entre le germe créateur et son enveloppe, et nous avons acquis le droit de négliger la donnée superficielle, pour ne plus considérer que la volonté, désormais libérée.

II. — Il était logique que la reconnaissance de celle-ci fût d'abord admise dans l'hypothèse où elle est le mieux accusée, et apparemment au moins, la plus sûre, parce que résultant d'une combinaison de vouloirs, dont on peut présumer qu'ils forment un équilibre : c'est la convention,... *duorum pluriumve in idem placitum consensus* [1].

Cependant, le poids des conceptions premières et des habitudes prises sont un atavisme qui interdit l'admission de la convention dans sa généralité ; c'est ce qui fonde la distinction du pacte et du contrat. Et nous nous trouvons en présence d'un nouveau flottement de la pensée. On a retenu, dans le formalisme, la volonté et délaissé la forme, mais une fois la volonté dégagée, on hésite à la sanctionner pour elle-même. Le pacte nu, c'est à dire affranchi de tout formalisme, est encore trop inconsistant. C'est la vieille conception de la *causa civilis* qui fait sentir sa dernière influence et qui remplace toujours les éléments qui devraient se suffire : un vouloir sain appuyé sur une cause certaine. Nous assistons à un effort profond et timide à la fois. On reconnaît les pactes adjoints ou *leges contractus*, dont la dénomination est très parlante ; ils sont dits ne pas créer l'obligation, mais, en fait, ils la délimitent [2]. Le Prêteur établit et sanctionne

(1) *Ulp. Dig.*, II, 14, 1, 2.
(2) Girard, *Manuel*, p. 597 et suiv.

directement certains pactes : le constitut, le *receptum*, le serment. Le pacte nu fonde au moins une exception basée profondément sur la volonté ou sur la cause[1]. Plus tard, à l'époque classique, il constituera une obligation naturelle et finira par être un engagement civil autonome dans le contrat de bonne foi. L'intention d'être obligé est de plus en plus nette et de plus en plus décisive ; elle va devenir la base essentielle du contrat consensuel, car, comme le dira Savigny, en lui c'est la volonté surtout qui provoque l'obligation[2]. Ce sont les contrats qui ont été absorbés par les pactes, plutôt que les pactes qui ont été élevés au rang de contrats. Renversement radical des conceptions, moins d'ailleurs sous l'action du raisonnement et de la philosophie que sous la poussée des faits : l'accroissement du commerce et le débordement du *jus gentium*. Le soutien du contrat consensuel est bien l'idée, qui dominait déjà les rapports primitifs entre parents ou voisins. C'est un mélange de la donnée de crédit et du fait de sécurité sur lequel elle repose. On veut que la bonne foi se suffise et que la mauvaise foi ne puisse pas mettre une partie à la merci de l'autre. Conception essentiellement psychologique et morale, mais qui, cependant, emprunte au concept matériel de la cause le sentiment de l'équilibre, de la réciprocité effective, en le perfectionnant. Et à considérer de plus près l'obligation consensuelle, on découvre, en effet, la double action psychologique et matérielle qui la précise et la modèle.

L'idée de volonté permet, par exemple, de ne plus considérer le contrat comme un organisme irrévocablement constitué : le libre vouloir peut défaire ce qu'il a fait, c'est le *contrarius consensus*[3]. Ce contrat n'est pas non plus un organisme rigide et préétabli ; la volonté est autonome et illimitée : elle peut jouer même entre absents, ou ne se lier que sous un terme ou sous une condition. C'est elle qui éteint la dette par l'*acceptilatio* assouplie

(1) *Ulp. Dig.*, II, 14, 7, 4.
(2) *Le droit des obligat.*, II, p. 362.
(3) GIRARD, *Manuel*, p. 717 et suiv.

qui n'est plus strictement la contre-cérémonie d'un formalisme[1], et par le pacte *de non petendo*, qui est tout entier consensuel.

Mais aussi l'idée de cause agit et sanctionne la nécessité matérielle, dont l'*exceptio non adimpleti contractus* résume le sens et la portée.

Et ainsi le travail de la volonté a été entravé et rendu illogique par l'incompréhension de l'élément qui la limite. Elle est, à la fois, trop faible et trop forte. Trop faible, puisqu'elle n'arrive pas à ouvrir sans limites la classe des contrats consensuels ; on n'en reconnaît que quatre, qui sont postulés par l'usage : la vente, le louage, la société, le mandat. Trop forte, par ailleurs, en fait, puisqu'il faut, par exemple, qu'une loi *Licinia Sextia* de 387 arrête les excès d'une volonté trop indépendante, qui écrase la petite culture et réduit les petits débiteurs. Ce sont, déjà entrevus, les abus et les lacunes d'une volonté qui serait seule créatrice de l'obligation.

Tandis que dans la Grèce plus spiritualiste, dès le v^e^ et le IV^e^ siècles, le réalisme et le formalisme ont cédé devant la volonté désormais émancipée, Rome, d'une logique plus matérialiste, ne verra jamais catégoriquement une force absolue et juridiquement obligatoire au sein du consentement[2], malgré que le formalisme ait presque entièrement disparu et que le réalisme ne fonde plus qu'une classe particulière et limitée des modes de s'obliger.

La tâche logique qui s'imposait au droit byzantin n'a pas été accomplie par lui. Justinien a suivi un courant assez incertain, plus qu'il n'en a organisé le régime. Il a donné des solutions d'espèces ; il n'a pas eu une conception d'ensemble, capable d'éclairer l'évolution des faits et de l'accentuer jusqu'à son normal épanouissement. Les actions utiles, la lésion dans la vente, le *jus pœnitendi* des contrats innomés ne sont que des

(1) GAÏUS, *Institut.*, III, 169.
(2) *Ulp. Dig.*, II, 14, 7, 5.

applications obscures des principes, insuffisamment dégagés, de cause et de volonté.

La volonté licite s'embrouille dans les détours de l'intention coupable. On distingue bien le contrat du délit, mais on distingue moins bien la réparation de la peine, et l'action de dol est bien proche de l'action de la loi Aquilia. L'inexécution de la promesse est un délit qui entraîne une peine, et le tort causé ressemble d'autant plus à celui qui découle de n'importe quel autre délit que, de plus en plus, on considère le fait et non l'auteur du fait. On n'aperçoit pas très bien dans un cas un débiteur et, dans l'autre, un délinquant ; mais on voit nettement dans tous deux un fait dommageable. C'est dépasser le perfectionnement qui consiste à ne plus voir dans la dette une servitude de la personne.

Il faut donc retrouver la filière non seulement de la volonté, mais de la volonté licite. Les nouveaux contrats — l'emphytéose, le *contractus suffragii* — dérivent plus nettement d'elle.

Les types contractuels de l'Ancien Droit poursuivent ce mouvement. Mais c'est seulement à partir du XIII^e^ siècle que s'accentue vraiment la théorie élargie de l'effet de la volonté, qui plaira au droit moderne. La garantie de l'Etat, qui est devenu une puissance, et l'encouragement de l'Eglise, qui est aussi une autorité juridique, affermissent cette élaboration [1].

La conception d'une valeur intrinsèque du vouloir apparaît progressivement. C'est, d'abord, le seul souverain qui peut s'obliger par simple promesse et en raison de la valeur morale de la parole royale. Puis c'est un procédé du droit international [2], car il semble que l'honneur des Etats constitue une garantie suffisante, et c'est dans ce domaine déjà que l'on dit : *Pacta sunt servanda.*

Cependant, c'est avec quelque résistance qu'on établit la sécurité du vouloir individuel dans sa qualité interne plutôt que dans

(1) Viollet, *op. cit.*, p. 645.
(2) Cf. Cuq, *Manuel des Institut. jur. des Romains*, p. 364.

un de ses caractères externes et visibles. La distinction réapparaît des *pacta nuda* et des *pacta vestita,* qui eussent dû normalement être tous confondus avec les contrats consensuels. Mais ce n'est là que l'affirmation de plus en plus faible d'une force qui fut immense. Les anciennes pratiques ne sont plus, comme on dit alors, que des « renforcements de contrats », ce qui est exprimer, sous une forme un peu voilée, que ce qui importe c'est la volonté et que ce qui s'y surajoute ne doit être entendu que comme une attestation, un moyen de preuve de sa réelle existence [1].

Au XIV[e] siècle, la pratique commerciale italienne généralise l'usage de l'obligation consensuelle, largement entendue. Alors que les glossateurs tendent encore à repousser l'obligation *solo consensu,* les civilistes reconnaissent les pactes géminés. Le livre de Jostice et de Plet déclare : « Le cœur doit suivre la parole [2]. » Au XV[e] siècle, l'adage *solus consensus obligat* peut être posé dans sa généralité. Le contrat consensuel est, avec Grotius [3], un article du code du droit naturel, et, avec Loysel, une réalité du droit civil. « Autant vaut, dira-t-il, une simple promesse ou convenance que les stipulations du droit romain [4]. » Et la conséquence, il la pose lui-même : « Toutes actions sont de bonne foi [5]. »

L'œuvre de Domat, celle de Pothier, celle du Code civil dans ses art. 1134 et 1135, ne sont que l'organisation d'une obligation, dans laquelle l'idée l'emporte définitivement sur la chose. Le droit est vraiment entré dans la voie d'un spiritualisme tout psychologique. La volonté est, dès lors, plus qu'un fait ; elle est un fait qui recèle une force ; et l'on passe d'une façon tranchée,

(1) « En droit romain les arrhes données à propos d'un contrat consensuel romain, de la vente en particulier, sont un signe extérieur, mais non un élément constitutif de l'obligation. » VIOLLET, *op. cit.*, p. 644.
(2) BEAUMANOIR, *op. cit.*, 34, 2.
(3) *De jure belli*, 3. 2, 11.
(4) *Institut. coutum.*, III, 1, 2, règle 357.
(5) *Ibid.*, règle 690.

cette fois, du domaine de l'activité économique dans le domaine de la production juridique : on s'attache moins à la circulation des choses qu'au transfert des droits.

Mais, distinct de son élaboration générale, un travail plus accusé de la volonté s'était manifesté dans des voies particulières.

III. — Une première hypothèse dans laquelle, dès le droit Romain, la donnée volontaire l'emporte sur la donnée d'enrichissement est le contrat à titre gratuit.

Peu fréquente à l'origine, la donation ou bien est un simple fait matériel, une tradition entre amis, parallèle à ce qu'est l'échange ou le troc ; ou bien elle est déguisée sous une opération à titre onéreux : par exemple, une *stipulatio* ou une vente apparente[1]. Elle s'y prête d'autant mieux qu'elle n'a souvent de la donation que le nom : elle est la récompense de services antérieurs, et la volonté n'y a que la part qu'elle a dans tout contrat, réduite même par la méfiance sociale qui pèse sur l'idée de libéralité [2]. Mais lorsqu'on pénètre vraiment sur le terrain de la bienveillance, le premier aspect de la donation est bien celui d'un transfert actuel de propriété. Nous sommes encore sur le terrain économique ; le droit n'y pénètre que de façon bien indirecte, pour combattre, par exemple, le dol ou l'erreur. Cependant le sens de l'évolution n'est pas douteux ; la volonté, sous sa forme la plus indépendante — la volonté libérale —, atteint son but. Avec Constantin, la donation est un pacte légitime sous certaines conditions [3]. Justinien les supprime ; le seul accord des volontés se suffit : c'est le *contractus donationum* [4]. Chose remarquable, par un renversement du principe de contre-prestation, la volonté règne alors absolument seule dans ce nouveau

(1) V. Cuq, *Man. des Inst. jurid.*, p. 529.
(2) Cf. *Loi Cincia.*
(3) C. Théod., 3, 5. *De spons.*
(4) C., IV, 21, 17.

domaine et si on la limite c'est pour déclarer qu'on ne peut imposer d'obligation au donataire. Cette rigueur logique était un inconvénient pratique, auquel on obvia : on put valider cette obligation, en rentrant, pour ainsi dire, dans le domaine de l'acte à titre onéreux, et en s'appuyant sur la *condictio ob causam datorum*.

L'Ancien Droit, dans son effort vers la reconnaissance de la pure volonté, connaît les mêmes heurts. On commence par exiger la contre-prestation. Puis on s'attache à la dation, qui se suffit : la donation est plutôt le fait matériel du don, que l'obligation intellectuelle de donner. « Nul don n'est parfait, qui est fait en dit, sans être parfait [1]. » Ce deviendra l'exigence de la *saisine*. « Don ne vaut, sans la saisine de la chose » affirmeront les assises de Jérusalem [2]. « Donner et retenir ne vaut [3] » dira-t-on enfin, et cet adage, avant de viser la question d'irrévocabilité, concernera la nécessité d'une prestation effective. Mais ici encore l'acheminement vers l'indépendance de la volonté n'est pas douteux. On pourra, avec Loysel, reprendre le principe que lui-même pose avec certitude : « Chacun agé suffisamment peut disposer de son bien à son plaisir, par donation entre vifs, suivant l'opinion de tous nos docteurs français [4]. » La donation a vraiment été, suivant la logique de ses caractères internes, le véhicule d'une volonté plus forte et plus décisive.

Mais une fois ce fossé franchi, une fois tranchée par l'affirmative la question de savoir si l'obligation peut découler de la volonté d'être obligé, peut-on limiter le champ d'activité du vouloir ainsi débridé ? De nouvelles hypothèses permettent de ne pas le croire, et la volonté va s'essayer à poser deux déductions logiques de son insoumission à tout autre concept. Absence de sou-

(1) *Abrégé des assises de la Haute-Cour*, n° 194.
(2) V. *Cour des Bourgeois*, ch. 214. Beugnot, t. II, p. 145.
(3) Loysel, *Instit. coutum.*, t. II, L. IV, 1, v, 5.
(4) *Institut. coutum.* A Paris chez Nicolas Gosselin, M.DCCX, t. II, L. IV, t. IV, 8, p. 185.

mission à l'adhésion d'une autre volonté : c'est le principe de la volonté unilatérale. Absence de soumission à l'appui d'une prestation réalisée : c'est le principe de la volonté abstraite. Ce développement spontané du vouloir n'a pas attendu l'époque contemporaine pour se manifester, et l'histoire de Rome et du Moyen Age peut invoquer l'habileté ou l'audace de l'avoir commencé.

IV. — La promesse unilatérale est facilement admise lorsqu'elle s'adresse à un dieu, par le vœu, ou à une collectivité, à une ville, par la *pollicitatio*. Mais ce sont surtout les influences religieuses ou sociales qui, comme nous le verrons, expliquent ces opérations.

La *dotis dictio* et la *negotiorum gestio* sembleraient davantage des produits de la volonté individuelle. Mais, pour toutes deux, c'est en somme la *res*, la matérialité, qui est le principe voilé, mais certain, de l'obligation. La promesse de dot n'est qu'une libéralité apparente ; elle est, au moins, une obligation naturelle ou légale qui a son assise dans une nécessaire répartition de richesses [1]. Il est vrai qu'elle contient aussi une force volontaire qui s'affirme, en particulier, lorsque Théodose et Valentinien en font un pacte légitime [2].

Quant à la gestion d'affaires, elle se rapproche du contrat consensuel, et, en apparence, est un acheminement vers l'effet de la volonté. Mais, plus encore que dans le contrat, le vouloir y suppose l'appui matériel du déplacement de valeur, car l'activité de l'agent porte sur un objet qui rentre moins normalement dans le domaine légitime de sa volonté [3].

En somme, les cas de volonté unilatérale sont plutôt un effort apparent vers le développement de la volonté, qu'une réalisation effective de son pouvoir. Dans ce qui eût été une hypothèse plus

(1) Jul, *Dig.*, XLIV, 7, 19.
(2) C. 5, 11.
(3) Cf. Girard, *Manuel*, p. 626.

catégorique — la promesse à personne indéterminée — l'obligation civile ne naît pas [1].

V. — Avec la théorie de la volonté abstraite, nous réalisons un progrès beaucoup plus certain vers l'autonomie du vouloir. Sa source la plus lointaine se trouve, sans doute, dans le droit pénal et le droit religieux primitifs. Lorsque le délinquant, après un délit ou une excommunication, demandait un délai pour acquitter sa dette, il affirmait celle-ci, et c'était désormais de ce serment, pure manifestation de volonté dépourvue de cause, que découlait son obligation [2].

Le formalisme, en certaines de ses manifestations au moins, connut cette combinaison. Ce sont celles où la puissance de la forme masque ou supprime la nécessité d'une prestation réelle. Le *nexum* finit par ne plus résulter que d'une pesée fictive ; le contrat littéral, qui n'est plus qu'une figuration bien vague, et, mieux encore, le contrat verbal, qui n'est plus qu'une déclaration, sont des opérations strictement formalistes, mais aussi des contrats sans cause ; la volonté qui est contenue dans la cérémonie, c'est la volonté abstraite. Le procédé est satisfaisant, et l'on s'y attache de plus en plus ; c'est précisément sa forme la plus absolue — la *stipulatio* — qui prévaut effectivement, emportant presque avec elle les avantages de la lettre de change du droit commercial allemand. C'est bien là le fruit d'une sève profonde ; on préfère, en même temps, le transfert abstrait de la propriété — *l'in jure cessio* — et la constitution abstraite de l'obligation — la *stipulatio* —, l'une et l'autre exemptes de toute attache, même nominale, à l'acte matériel qui leur sert de base. C'est le même caractère qui se dégage d'un nouveau type contractuel : le *receptum argentariorum*, dans lequel l'obligation contractée par un banquier de payer la dette d'autrui est indépendante de l'existence réelle de cette dette :

(1) Cf. GIRARD, *Manuel*, p. 821.
(2) Cf. VIOLLET, *op. cit.*, p. 645 et suiv.

Secundum antiquam recepticiam actionem exigebatur, et si quid non fuerat debitum [1].

Système pratique et qui fait concevoir la transmissibilité possible de l'obligation ; mais système dangereux aussi, qui ne permet de prouver qu'une fiction, et qui doit être réduit, ainsi que le fit Justinien, au seul domaine où il présente plus d'avantages que de dangers : le commerce [2].

VI. — C'est de cette confusion dans les réalisations pratiques, que devait sortir, en une nouvelle période historique, un effort non plus d'ordre positif, mais d'ordre spéculatif. De même que, dans l'élément matériel, l'analyse fut contrainte de rechercher quel pouvait être le principe obligatoire inclus dans un déplacement de valeur, et aboutit à négliger l'objet, pour n'envisager que la cause ; de même ici, il convient que l'analyse succède à l'histoire et s'efforce de découvrir quel est, en définitive, le principe obligatoire inclus dans l'acte psychologique de volonté. Et ainsi qu'alors nous constations que l'objet et la cause sont deux aspects d'une même donnée, dont le premier désigne la matière de l'opération, et le second, un élément de l'obligation ; nous aboutissons ici à un résultat semblable. Des deux autres données que traditionnellement on présente comme conditions de la formation de l'obligation — le consentement et la capacité — nous sentons que seule la première est élément de l'obligation. La capacité n'est que le qualificatif du consentement, le criterium qui nous permet de distinguer si, en fait, un certain consentement peut être ou non générateur d'obligation.

La capacité, ainsi considérée, ne se réfère en rien à la valeur sociale de l'obligation, telle que doit l'indiquer l'ordre public ; elle n'est pas cette *capacité légale* qui détermine si la volonté est susceptible d'engendrer un effet de droit positif. Elle est uniquement la *capacité rationnelle* qui qualifie logiquement la manifestation

(1) Cf. Girard, *Manuel*, p. 606, note 6
(2) *Justin.*, C. IV, 18, 2.

d'une volonté; car comme nous l'avons déjà remarqué [1], étudier la volonté comme facteur de la constitution de l'obligation, c'est évidemment envisager une certaine volonté, ferme et saine, capable. La phrase de Loysel que nous rapportions récemment, fait bien comprendre cet esprit, lorsque posant l'indépendance de l'activité individuelle, il déclare : « Chacun agé suffisamment peut disposer de son bien à son plaisir » [2]. Cette sorte de parenthèse — agé suffisamment — montre bien comment son contenu est, à la fois, une nécessité essentielle, mais dépendante. Nous le comprendrons d'une façon plus définitive, lorsque, dans notre seconde partie, nous analyserons le contenu des éléments obligatoires.

Nous pouvons cependant, au terme de cette évolution, poser comme précédemment nous l'avons fait pour la cause, une définition de la volonté, qui résulte de la combinaison de sa nécessité et de son insuffisance : La volonté c'est l'expression d'une volition saine qui, émanant du débiteur, fonde subjectivement et qualitativement son obligation.

VII. — De même qu'en parcourant le quasi-contrat, puis le contrat réel, et d'une façon générale, toute obligation d'ordre licite et volontaire, nous avons vu que l'élément matériel de la prestation était indispensable comme base quantitative de l'obligation, mais qu'il postulait le complément qualitatif d'un vouloir qui l'organise et le perfectionne; de même, à travers le contrat formel, le contrat consensuel, et, d'une façon plus générale, toute obligation d'ordre licite et volontaire, nous sentons que l'élément psychologique du vouloir est indispensable, comme détermination qualitative de l'obligation, mais qu'il exige la base quantitative d'une prestation qui le soutienne et le fixe. Les deux grands types historiques extrêmes — le contrat réel et le contrat formel — croyaient se soutenir par une seule des deux données; en réalité,

(1) *Supra*, p. 9.
(2) *Supra*, p. 74.

c'était feindre de ne point apercevoir, dans le premier, la reconnaissance, au moins tacite, de la volonté; dans le second, la réalisation, au moins fictive, de la cause. Il importe que l'obligation, réduite à un type unique mais susceptible de différenciations, convienne plus catégoriquement de cette combinaison nécessaire etsouple.

La vente, qui est le type obligatoire classique, autant par sa fréquence que par sa correction, semble résumer, à la fois, le travail évolutif qui s'est fait, et l'analyse interne qui s'essaye.

Tout d'abord, en elle, apparaissent les phases normales de l'évolution, qui a présenté tour à tour une conception réelle de la vente : troc, contrat innomé, peut-être *mutuum ;* puis, une conception formaliste : *mancipatio, stipulatio* [1]. C'est, tour à tour, l'exclusivisme d'ordre matériel, et l'exclusivisme d'ordre psychologique. Mais l'aboutissement de l'effort est la vente consensuelle, qui accueille les deux tendances et les groupe en un mélange intime et parfait : la cause et la volonté. Et après ce travail du temps il y a celui de l'analyse, qui isole les effets propres à chacun des deux facteurs ; et ce n'est que l'adaptation réfléchie des deux anciennes actions parallèlles : celle de l'arbitre qui apprécie la convention *ad æquum ;* et celle du juge qui applique la *stipulatio, ex lege.*

La partie volontaire de l'opération, la convention, engendre à Rome un simple droit de créance ; la partie réelle de l'opération est la tradition, qui seule transfère la propriété. Le droit germanique distingue, à son tour, la vente et l'ensaisinement, et le droit allemand moderne a maintenu la séparation de l'effet obligatoire et de l'effet réel [2].

Leur groupement, selon la conception française, en un acte unique, est une simplification, que la logique réclame aussi [3]. Le lien obligatoire, résultat engendré par une force matérielle

(1) Gaïus, *Institut.*, I, 119.
(2) Viollet, *Op. cit.*, p. 654 et suiv.
(3) V. Domat, *L. civ.*, I, 1 et 2, sect. 2, n° 8.

et une force psychologique, doit entraîner naturellement le transfert et l'obligation.

Au surplus, il nous importe seulement de constater, qu'en fait, il est une certitude : c'est cet affermissement parallèle et progressif de deux éléments obligatoires irréductibles. Ce sont vraiment là les germes mêmes de l'obligation, dont il convient de pénétrer tout le sens.

Mais avant d'arriver à ce travail de pure analyse, et avant d'abandonner les faits, il importe de considérer, après cet apport du temps, l'apport du milieu : les influences sociales.

CHAPITRE II

Le milieu : Les influences sociales. De la morale à l'ordre public

Ce n'est point, comme nous l'avons pressenti dans notre introduction, avoir envisagé le lien obligatoire dans son entier, que d'être parvenu à définir une double force qui le crée. A côté des deux principes de son fondement — la cause et la volonté — il est logique qu'il y ait une loi de son efficacité pratique, plus relative et plus mobile ; et c'est l'exigence d'une conformité de l'obligation à une certaine conception générale de l'époque. C'est la transition du point de vue de la philosophie du droit à celui du droit positif. Cette action du milieu, à côté de l'action du temps, est indéniable, et encore que moins essentielle pour la compréhension du lien obligatoire, elle en est le naturel complément, l'atmosphère normale qui souvent l'influence.

Il est remarquable qu'à l'inverse de l'action interne de la cause et de la volonté qui, d'abord vague, s'accuse et s'affirme d'une façon progressivement catégorique, l'action externe d'une certaine adaptation de l'opération juridique à une conception sociale du milieu, commence par être impérieuse et rigide, pour devenir finalement discrète et douce. En sorte que, au total, le lien d'obligation, au terme actuel de son évolution, apparaît comme la résultante d'une double condition positive interne — le vouloir et la cause — et d'une condition négative externe : l'absence de contradiction envers ce qu'on peut appeler *un mini-*

mum de socialité. Cette combinaison effective entre la volonté affirmée de l'individu qui s'oblige, et la volonté latente du groupe dont il fait partie, est, au début, confuse et soumise à des influences qui la pénètrent inconsciemment, tel, en particulier, l'état économique : les Grecs qui sont surtout commerçants, et les Romains qui sont surtout agriculteurs, subissent, de ce fait, une modification de leurs états de conscience. Et c'est ce qui explique la relativité des manifestations de l'équité sociale, à côté de celles, beaucoup plus absolues, de la stricte justice commutative. Il est impossible, dans ce domaine, d'atteindre à une formule précise ; il ne faut prétendre posséder qu'une conception générale. C'est celle que M. Revillout voit apparaître dans les législations de la Chaldée et de l'Egypte, qui s'inquiètent, nous dit-il, de « solidarité sociale, de protection équitable pour tous [1] ». C'est celle qui est devenue, selon le mot de M. Vizioz, l'expression de « la conscience juridique, telle qu'elle ressort des besoins économiques, des sentiments, des aspirations religieuses, morales et sociales d'un pays, à un moment déterminé [2] ».

Cette action de plus en plus fine, dans son influence de plus en plus délicate, nous allons la suivre rapidement, à travers les trois phases principales qui la caractérisent tour à tour : la phase religieuse, la phase morale, la phase sociale.

I. — En même temps que le poids de la religiosité se faisait sentir, d'une façon intense, dans l'acte, par des pratiques voisines de celles que conseillait le formalisme, l'esprit religieux se manifestait d'une manière plus ample et plus générale, par la première constitution d'une mentalité collective, par l'exigence d'une soumission de l'acte individuel à un contrôle d'ordre supérieur.

Mais cette action dépasse, pour partie, le point de vue auquel nous nous plaçons ici. Les préceptes religieux embrassent l'uni-

(1) *Les oblig. en droit égyptien... Introduct.*, p. LXXIV.
(2) *La notion de quasi-contrat*, p. 230.

versalité des situations possibles, surtout aux époques primitives où, première discipline et première fixité, ils trouvent des domaines innombrables où apporter leur influence moralisatrice. C'est ainsi que l'idée religieuse est, d'abord, une simple lumière complémentaire, jetée sur le contenu incertain de l'émolument et du vouloir, et seulement ensuite, le principe autonome d'une construction indépendante.

Elle commence par apporter, en partant moins d'un strict raisonnement que d'un sentiment de l'équité, des précisions au concept en formation de cause. Le droit canonique fera toujours une large part aux idées de valeur, de juste prix, d'usure [1]. Il fournira la première affirmation d'une délimitation de la notion de cause, en affirmant qu'il faut non seulement une cause, mais encore une cause déterminée par certaines limites : *Justum est quod contrapassum* [2]. C'est le germe de l'idée de moralité qu'au point de vue social doit présenter l'acte individuel. Il y a un lien entre l'équité générale et la justice privée : *Non remittitur peccatum, nisi restituatur ablatum* [3].

L'action religieuse pénètre le contenu de la volonté d'une même influence et l'oriente dans le sens de la charité, surtout apparente dans le droit des personnes, ou, au moins, dans le sens de la bienveillance et de la bonne foi, qui s'accuse dans le droit des choses et dans les obligations. *Pax servetur ; pacta custodiantur* [4].

Cette double application d'une certaine moralité achemine vers le principe indépendant d'un minimum d'altruisme destiné, pour ainsi dire, à racheter l'ardeur égoïste qui préside à l'établissement de l'obligation. Le vœu est bien le type d'un de ces actes, dans lesquels ce n'est point le strict intérêt, mais encore une certaine convenance qui définit l'action individuelle [5].

(1) V. DE TARDE. *L'idée du juste prix*, p. 17-67.
(2) BRISSAUD, *op. cit.*, t. II, p. 1428, n. 7.
(3) Cf. GOUNOT, *op. cit.*, p. 411, n. 3.
(4) *Corpus juris canonici. Decrét. Greg.* I, XXXV, 1. — WALTER, *Manuel de droit ecclésiast.* traduct. ROQUEMONT, p. 457.
(5) Cf. GIRARD, *Manuel*, p. 458.

Cependant la société s'organise, et la religion affirme une action distincte; désormais, elle s'éloigne de la moralité proprement dite, dans un effort plus ambitieux vers la vertu. Mais le groupement civil, la société, a recueilli la notion d'une équité supérieure aux exigences, même légitimes, des individus. C'est la phase morale, dont le droit naturel est l'aboutissement.

II. — Ce fut l'action du Préteur romain qui, en complétant et en assouplissant l'action plus rigide du droit civil, réalisa les premières traductions de conceptions morales dans le domaine du droit. Le dol, l'erreur, la violence, la fraude en général, aboutissent à une *restitutio in integrum;* les théories de l'absence ou de la *capitis deminutio* ont pour effet de rendre moins absolues les conséquences de droit strict[1]. N'est-ce point, à différentes espèces, faire application de ce nouveau principe que les organismes juridiques sont constitués par des données de droit pur — telles, la volonté et la cause, pour l'obligation, — mais qu'ils ne sont efficaces que par l'adaptation de celles-ci à une donnée d'équité générale : la moralité sociale ? Le *vinculum juris* s'incorpore dans un *vinculum æquitatis*[2].

Les *causæ civiles*, et plus encore le formalisme, étaient peut-être, pour partie au moins, une affirmation, un peu artificielle, de ces conditions générales auxquelles doit se soumettre l'activité privée. L'existence de celles-ci est plus accusée dans cette construction typique des obligations naturelles. D'abord inconnues du vieux droit rigoureux et brutal, c'est une véritable réaction philosophique qui décide de leur essor. Mais, comme toute création qui ne dérive que d'un sentiment, elles se forment à coup d'espèces et leur système est fatalement incomplet[3]. Il révèle, en principe, l'obligation qui, sans être juridique, commence à être reconnue par le droit, comme, par exemple, celle qui naît du contrat conclu

(1) *Paul. Sent.*, I, 7, 1.
(2) *Papin. Dig.*, XLVI, 3, 95, 4.
(3) Girard, *Manuel*, p. 640 et suiv.

par un esclave ; d'autres fois, il caractérise l'obligation civile, en tant qu'elle est accessible aux Pérégrins ; aspects différents, mais qui relèvent tous deux de l'exigence morale, dans le mesure où elle s'impose au droit. Le droit positif va bientôt reconnaître l'obligation naturelle : elle entraîne les effets de l'obligation civile, mais n'a point d'action qui la sanctionne [1].

Mais alors, au lieu de distinguer avec les Institutes de Justinien, un droit naturel, principe d'équité et de large interprétation, à côté du droit civil, principe de justice et de stricte interprétation [2], ne convient-il point de superposer ces deux domaines, dont la réunion témoignera plus exactement de la complexité de la vie et des efforts opposés qui la constituent ? C'est donc, en présence d'un type tel que celui de l'obligation, donner pour mission au raisonnement de découvrir les éléments de son existence, et au sentiment d'affirmer qu'il doit être en lui un caractère de moralité moyenne, qui s'y surajoute. Or, cette loi générale du sentiment, elle est l'apport dans le droit de l'expérience sociale, comme la loi particulière du raisonnement est l'apport de l'expérience philosophique. C'est dire que l'influence sociale demeurera forcément vague et relative. Elle n'aura de fixité ni dans le temps ni dans l'espace, et la difficulté de son adaptation viendra, non pas de sa précision trop minutieuse, mais tout au contraire de sa trop grande souplesse. Morale dans son principe, comme elle peut être aussi religieuse, elle ne devra cependant pas prétendre poser des règles définitives, à la manière d'une religion ou d'une morale. Son but, moins élevé et plus humain, sera seulement de révéler les activités jugées normales par la conscience collective d'un peuple donné, à une époque donnée. Et ce sera une même manifestation de sa mission qui successivement, autorisera l'esclavage et interdira l'intérêt de l'argent. C'est en ce sens qu'il est vrai de dire avec Ihering : « Les principes doivent nécessairement changer, car ils ne constituent

(1) Girard, *Manuel*, p. 643.
(2) *Instit.*, I, 2.

point de simples catégories logiques, ils sont la concentration de règles matérielles et les règles changent avec les rapports [1] ». Mais il ne faut point se méprendre ; ce qui change, c'est l'expression relative et mouvante de la vie concrète, à côté de la donnée absolue et stable de la logique abstraite, qui demeure.

On s'achemine ainsi vers la conception très clairvoyante d'un droit naturel à contenu variable [2] qui, autour des principes, groupe les résultats de l'évolution et les exigences de la pratique. C'est la réalisation d'une phase vraiment et directement sociale. Admettre cette donnée de l'ordre social, à côté de celles de l'ordre logique qui, du point de vue du raisonnement, eussent semblé suffisantes, n'est point une vaine complication dont serait coupable le sentiment. Les affirmations catégoriques, qui découlent du jeu des principes créateurs de l'obligation, sont un peu une déformation de celle-ci. Et alors même qu'on recherche les lois rationnelles qui gouvernent immuablement le lien obligatoire, il importe, pour une époque déterminée, d'en faire l'adaptation au sein des idées reçues. Or, ce quelque chose d'autre que le droit même et que son individualisme, c'est la puissance sociale, faite des intérêts collectifs. L'homme a, à la fois, un instinct individuel et égoïste, et un instinct social et altruiste. C'est, tour à tour, l'un ou l'autre qui l'emporte et semble seul s'affirmer, mais tous deux coexistent ; seule leur combinaison varie. Et la justice consiste à éviter entre eux une disproportion flagrante. Après que la cause et la volonté ont réalisé l'équilibre interne entre les intérêts individuels, il faut trouver un criterium qui permette d'équilibrer extérieurement cet accord des intérêts privés avec la légitime exigence de l'intérêt social.

III. — Ce principe d'ordre, contenu d'abord soit dans le commandement religieux, soit dans la loi morale, acquiert son auto-

(1) *Esprit du droit Rom.*, III, p. 305.

(2) Cf. Beudant, *Le droit individ. et l'État*, p. 36. — V. aussi Boistel, *Le C. civ. et la philos. du droit*, p. 47 et suiv. — Saleilles, *Le C. civ. et la méthode historiq.* p. 95 et suiv.

nomie, du jour où l'organisation sociale est assez forte pour le définir de son seul point de vue. Il est vraiment alors l'expression de l'équité générale ; il domine les combinaisons des activités individuelles ; et c'est ce qui fonde sa valeur ; mais pourtant, il en suit les conceptions, variable dans le temps et relatif dans l'espace ; et c'est ce qui assure sa vitalité.

La solidarité familiale, et le principe d'équivalence collective qui en découle ; la distinction entre les citoyens et les étrangers, et la différence de traitement qui en est la conséquence, sont déjà des manifestations certaines de ce que l'esprit du groupe permet ou interdit aux initiatives privées. Puis, des solutions plus générales et plus abstraites en sont de nouveaux témoignages. C'est ainsi qu'est, par exemple, déclaré nul le serment contraire à une disposition de loi ou aux bonnes mœurs [1] ; ou que l'ancienne *pollicitatio* est conservée par le droit, qui voit en elle un heureux essor de l'esprit social [2], à la manière dont le vœu est accueilli par l'Église, qui voit en lui un développement favorable de l'esprit religieux.

Exagérer ce mouvement, en le précisant à l'excès, c'est retomber dans la morale, si c'est l'idée du bien général qui devient prépondérante ; c'est verser dans le socialisme et l'étatisme, si c'est uniquement l'idée de l'utilité collective qui l'emporte.

Il convient donc de délimiter l'action légitime de l'exigence sociale. L'obligation constituée devra-t-elle concourir activement au développement social, ou seulement ne pas le contredire ? Le droit admet les deux réponses, mais chacune d'elles concerne un domaine différent : la première, celui de l'obligation légale, où l'intérêt social est un élément de création ; la seconde, celui de l'obligation entre particuliers, où l'intérêt social n'est qu'un élément de validité. Sans doute, les droits sont tous sociaux, car il n'est point d'activité, si particulariste qu'on

(1) Cf. *Dig.*, XII, 5. — Cf. Brissaud, *op. cit.*, t. II, p. 1406.
(2) Girard, *Manuel*, p. 458.

la suppose, qui ne contienne un rejaillissement d'ordre collectif. Les détails les plus individuels du statut des personnes ou de l'organisation des biens, intéressent encore l'universalité des individus. Mais il y a lieu cependant, de distinguer les activités effectives. Les unes ont directement la société pour objet : ce sont les obligations légales, collectives dans leur source et sociales dans leur but; elles se contenteront de ne point contredire un minimum légitime d'intérêt individuel. Les autres ont directement des résultats particuliers pour objet : ce sont les obligations nées d'activités privées, individuelles dans leur source et particularistes dans leur but; elles devront, à l'inverse, ne pas contredire un minimum légitime d'intérêt social. En sorte que, il y a essentiellement deux grands types d'activités obligatoires : celles qui émanent de la volonté sociale du législateur, et celles qui émanent de la volonté individuelle des particuliers. Les premières sont extérieures aux cadres de notre étude; nous aurons pourtant l'occasion de revenir brièvement sur elles à la fin de ce travail[1]. Mais il était nécessaire d'en marquer l'esprit, afin de déduire, *a contrario*, ce qui peut légitimement être enfermé dans le contenu de l'exigence sociale à l'égard de l'obligation d'ordre privé.

Or, celle-ci n'a point pour fin l'équité générale, non plus que pour moyens la répartition de devoirs moraux ; elle vise la poursuite d'intérêts privés ; elle a pour moyens certaines modifications du domaine économique. Seulement, cette activité se développe dans un milieu social, dans une atmosphère d'ordre préétabli, qui ne laisse vivre que les organismes, non seulement sains intérieurement, mais encore extérieurement adaptés à l'ambiance. Ce contrôle supérieur, négatif et passif, qui assure le règne du fait social, en se surajoutant aux créations individuelles qui pourraient n'être que des iniquités rationnelles, c'est l'ordre public qui en est le criterium.

(1) *V. infra.* Conclusion.

Complément logique de la cause, qui fonde la valeur quantitative privée de l'obligation, et de la volonté, qui en fonde la valeur qualitative également privée, il est le laisser-passer de cette création individuelle dans le domaine social, où il faut bien qu'elle vive; il est son investiture d'acte juridique. C'est la cohésion, plus complète et mieux comprise, du droit civil et du droit prétorien romains; le premier ne recherchant qu'une correction interne de l'acte; le second puisant dans l'intérêt pratique général le meilleur de sa force et sa justification tout entière. Le Préteur avait laissé entrevoir ce rôle social complétif ou supplétif dans son pouvoir de *denegare actionem*[1], par lequel il repoussait une activité pratiquement et socialement indésirable, sans être retenu par sa légitimité rationnelle profonde.

C'est dans le prolongement de cette conception que doit s'engager l'ordre public. Son contenu doit être vraisemblablement établi eu égard aux deux idées d'*équité* et de *socialité*, qui s'éclairent l'une l'autre. Par la première, il retiendra ce que la cause et la volonté laissent échapper, c'est à dire une certaine moralité de l'obligation, qui ne saurait résulter ni de l'équivalence matérielle des prestations, ni de la correction psychologique des vouloirs, et qui est cependant désirable: le concept de *licéité* y répondra. Par la seconde, il affirmera ce qui vise le maintien du statut collectif et de l'intégrité nationale : le concept d'*ordre social* proprement dit en sera la base. Il faut, au reste, remarquer que la licéité comprise dans l'ordre public, n'existe qu'en puissance de l'ordre social; elle est un de ses dérivés; et ceci laisse à ce troisième élément la même unité interne que possèdent les deux premiers.

Nous pouvons ainsi, après les définitions de la cause et de la volonté, tenter une définition de l'ordre public : Il est la délimitation du minimum de convenance sociale, au-dessous duquel l'obligation née d'un fait licite ne peut pratiquement être maintenue en tant qu'obligation juridiquement valable.

(1) GIRARD, *Manuel*, p. 1006 et suiv.

C'est en partant des trois formules maintenant dégagées, que nous allons essayer de pénétrer, dans notre seconde partie, par l'analyse, le contenu de la volonté, de la cause et de l'ordre public ; puis, dans notre troisième partie, par la synthèse, leur jeu, organisateur de l'obligation.

Cette technique de l'obligation considérée dans ses éléments constitutifs, n'en est pas une représentation artificielle, puisque c'est l'histoire même qui nous a révélé ces trois principes abstraits de jour en jour plus affermis. C'est par elle, au contraire, que l'obligation légitimera sa double mission de justice individuelle rationnelle et d'équité sociale pratique.

SECONDE PARTIE

L'analyse des éléments générateurs du lien obligatoire

A travers des types obligatoires variés, l'évolution nous a acheminé vers une obligation actuelle d'un caractère presque opposé à celui des hypothèses primitives. L'obligation n'est plus l'affaire d'une activité dans ses conséquences sur la personne ; elle est l'affaire d'une activité dans ses conséquences sur l'émolument. Elle n'a point pour but de définir le sort d'un débiteur, mais de déterminer le statut juridique d'une situation. « A l'origine, écrit M. Eugène Gaudemet, c'est la personne qui doit à la personne ; aujourd'hui, c'est le patrimoine qui doit au patrimoine... La notion d'obligation est devenue une notion économique et purement objective [1]. » Tout se ramène à une logique abstraite, telle qu'elle résulte d'un équilibre matériel, et non d'une réparation morale ; et c'est cette proportion qu'il convient d'envisager maintenant.

Essai toujours difficile, comme chaque fois que, selon le mot d'Anatole France, on sort « du domaine circonscrit de l'histoire, pour entrer dans les régions indéterminées de la philosophie », et qui pourrait sembler téméraire, si les enseignements de l'histoire même ne savaient être une base, provisoire au moins, de la philosophie. Au reste, celle-ci se légitime de soi, pour ainsi dire,

(1) *Etude sur le transport de dettes...*, p. 30 et 31.

lorsque le terrain sur lequel elle prétend s'exercer, appartient naturellement, comme celui de l'obligation, plus encore à l'idée qu'au fait. C'est en ce sens que M. Saleilles a pu écrire que « la matière des actes juridiques est de celles qui sont à peine du domaine de la loi [1]. » « Les éléments essentiels d'un acte, a dit de même M. Bourgeon, sont écrits dans la raison même [2]. » Et peut-être Ihering, plus historien que logicien, a-t-il eu tort de croire que « la formule abstraite dans laquelle on voudrait prétendre exprimer toute la théorie de la force obligatoire des contrats est aussi introuvable que celle de la meilleure des constitutions [3] ». Non point, car, par sa nature, la meilleure des constitutions est celle qui répond le plus adéquatement aux exigences mobiles d'un milieu et d'une époque, au lieu que, par sa nature, le principe de la force obligatoire de l'acte juridique est un et absolu ; et le but de l'effort qui le recherche doit être, non pas d'en faire varier la formule, mais bien d'en découvrir l'invariable loi.

Or, cette loi, que l'histoire a de jour en jour posée et affermie, est bien celle que la doctrine a dégagée et de plus en plus précisée. Énoncée sous une forme générale, elle existe en puissance dans cette affirmation de M. Saleilles : « La matière des obligations, se dégageant de plus en plus du formalisme primitif et même des questions d'influence locale, tend à se présenter dans les législations modernes comme l'expression idéale de la logique juridique, en harmonie avec le principe supérieur du respect absolu de la liberté des conventions [4] ».

M. Dereux la morcelle déjà plus nettement en trois principes : Respect de la volonté individuelle — Principe de l'intérêt général — Equité. Celle-ci vague encore, et dans laquelle il ne voit

(1) *De la déclarat. de volonté*, préface p. IX.
(2) *Distinct. de l'inexist. et de l'annulabil.*, p. 112.
(3) *L'évolution du droit*, p. 181.
(4) *Etude sur la théorie génér. de l'obligat.*, p. 1.

que le criterium qui permet d'apprécier « si une solution juridique donnée est juste ou injuste [1] ».

M. Gény enfin, dégageant les trois grandes sphères, dans lesquelles se joue le règlement des intérêts patrimoniaux dans les rapports individuels, donne à la triple loi sa forme définitive, en tant qu'elle est commune à l'ensemble du droit : « Principe de l'autonomie de la volonté. Principe de l'ordre public, ou de l'intérêt supérieur. Principe de l'équilibre des intérêts privés en balance [2] ».

Ce sont ces trois formules, claires et pleines, que nous avons cru pouvoir inscrire au seuil de notre étude, car elles savent, à la fois, en marquer la raison et en résumer l'esprit.

Sa raison est celle-là même qui, adaptant ces trois formules au domaine spécial de l'obligation d'ordre licite et volontaire, les traduit de leur généralité un peu lointaine, en la plus rigoureuse, sans doute, de leurs applications effectives : la volonté, l'ordre public et la cause. Nous verrons ainsi comment les organismes juridiques sont des corps complexes, car le droit est une science seconde. L'obligation est faite de trois corps simples, extérieurs au droit, et combinés dans le milieu du droit : La volonté, qui est la traduction juridique d'un élément psychologique. La cause, qui est la traduction juridique d'un élément économique. L'ordre public, qui est la traduction juridique d'un élément moral.

Et, d'autre part, l'esprit de notre étude est celui là qui, prenant conscience de cette complexité, en trouve la limite, car s'il n'est guère de corps totalement simples, il n'en est point d'infiniment complexes. La vérité, adéquation de la certitude et de l'objet qui la provoque, devra donc être une moyenne entre ces trois actions, un équilibre entre ces trois forces, dont il nous faut évaluer l'énergie.

Nous les envisagerons dans leur ordre chronologique, qui est

(1) *De l'interprét. des actes jurid. privés*, p. 23-26, 423. — V. aussi Gounot, *Le principe de l'auton. de la volonté*, p. 31.

(2) *Méthode d'interprét.*, p. 523 et suiv.

aussi un ordre logique : la volonté, d'abord, qui semble provoquer l'acte ; la cause, qui semble le réaliser ; l'ordre public, qui semble l'achever. Et l'obligation, dérivée de ces trois principes, sera peut-être proche de l'équité même, de cette « forme que revêt la justice idéale, dans son application à un cas particulier [1] ».

(1) Aristote, *Ethique à Nicomaque*. V. Gounot, *Op. cit.*, p. 210.

CHAPITRE PREMIER

La Volonté

Le travail historique, qui a modelé le concept de volonté jusqu'à en fixer assez clairement les contours, nous a permis d'en poser cette définition : « La volonté est l'expression d'une volition saine qui, émanant du débiteur, fonde subjectivement et qualitativement son obligation. » C'est dans la limite de ces termes qu'il nous paraît possible de faire l'analyse de la volonté.

Extérieure au droit, psychologique dans son essence, il convient, d'abord, de déterminer sous la pression de quelles circonstances une donnée de la philosophie devient une donnée du droit. C'est la détermination de la volonté juridique : « La volonté est *l'expression* d'une volition... »

Il faut ensuite, au sein de cet organisme juridique, saisir l'élément susceptible de contribuer à la création de l'obligation. C'est la détermination de l'énergie créatrice de la volonté : « ... l'expression d'une volition *saine*... »

Il reste, enfin, de cette force ainsi mise à nue, à montrer le jeu. C'est la détermination du rôle et de la limite de la volonté : « ... qui fonde *subjectivement* et *qualitativement* l'obligation. »

Tels sont les trois points de vue, auxquels nous allons successivement nous placer.

Section I. — La Détermination de la Volonté juridique

« Il est inadmissible, a-t-on écrit, de chercher le droit dans l'espace, dans le monde des choses ; il est donc impossible d'y

chercher ses éléments. Le phénomène juridique n'existe pas, ou c'est un phénomène de conscience [1] ». Cette affirmation trouve dans le spiritualisme dont elle témoigne son attrait, en même temps que son insuffisance ; mais au total, il est vraisemblablement plus juste de dire : le phénomène juridique n'existe pas, s'il n'est qu'un phénomène de conscience. Le droit n'est pas une métaphysique ; il n'est pas même une psychologie, fût-ce dans celles de ses parties où il s'attache à des manifestations psychologiques ; il en est une adaptation à son milieu. C'est dire que tel problème, comme celui de la volonté, peut bien fournir un chapitre et à la science de la philosophie et à la science du droit, encore qu'il ne faille point supposer trouver en chacun d'eux les mêmes préoccupations, ou simplement les mêmes méthodes. « ..... Il ne s'agit pas tant pour le juriste, a dit M. Gény, de savoir à quelles conditions précises il y a rencontre de volontés métaphysiquement incontestable, que plutôt dans quelles circonstances générales le rapprochement des vouloirs paraît suffisant pour mériter leur consécration [2] ». Ce qui importe donc, c'est, tout d'abord, de déterminer ce qu'est la volonté juridique.

I. — La volonté, en son acception la plus générale, pourrait être définie : « La condensation en une impulsion d'un sens précis et d'une orientation déterminée des forces influençant l'esprit, et par la puissance de laquelle celui-ci passe de la phase statique à la phase dynamique. » Situation qui soulève un double problème.

Le premier, purement philosophique, dépasse les cadres de cette étude. Il vise à savoir ce qu'est cette résolution de l'esprit à s'engager du domaine du raisonnement dans la voie de l'action. Et c'est la grosse question du libre arbitre qui apparaît, dont les deux solutions extrêmes sont, l'une affirmative : ce pouvoir

(1) Grouber, *Une théorie psycholog. du droit.* A propos de l'ouvrage de M. Petrazycki, *Rev. trimest. droit civ. 1911*, p. 542.

(2) *Méthode d'interprétat.*, p. 532.

découle du vouloir, et c'est l'admission de la liberté ; — l'autre, négative : ce pouvoir découle de l'impression, et c'est l'admission du déterminisme.

Nous ne pouvons songer à rouvrir le débat. Il nous faut admettre comme un postulat, une réponse intermédiaire qui, sans doute, est aussi la plus exacte, et sur l'admission de laquelle on peut dire, en tout cas, que repose tout le droit : La volonté est l'expression combinée de l'impression qui influence le vouloir et du vouloir qui accepte l'influence de l'impression. Tenons-nous en donc à cette conclusion qu'en fait l'homme agit par actes de volonté, et que le droit, par conséquent, est amené à apprécier cette volonté.

C'est alors le second problème qui se présente, et par lequel nous rentrons au centre de nos préoccupations. L'acte volontaire étant admis comme un fait, à quel moment de sa durée convient-il que le droit l'envisage ? Car la volonté est faite de forces qui se succèdent et s'entraînent. « *Vis sui conscia, sui potens, sui motrix* », disait Leibnitz. La détermination de l'époque de sa vie, à laquelle le droit la considèrera, sera aussi le criterium qui individualisera la volonté juridique.

Or, deux termes limitent le contenu maximum de la volonté : la décision intérieure, avant laquelle il ne peut s'agir que de ses antécédents, que de la délibération ; son expression extérieure, après laquelle il ne peut plus s'agir que de ses conséquents, que de son exécution. Ces deux extrêmes, reliés entre eux par un échelonnement d'états infiniment voisins, constituent cependant deux centres, autour desquels se cristallisent deux objets d'études très différents. L'un et l'autre sont l'expression de la même donnée, mais considérée sous deux angles distincts. La psychologie et la métaphysique, la morale et la théologie, partant du premier point de vue, considèrent le phénomène intérieur de la décision, qui offre un intérêt surtout spéculatif et idéal : leur objet est ou l'absolu-vrai ou l'absolu-bien. Le droit, au contraire, partant du second point de vue, envisage le phénomène extérieur de l'ex-

pression de cette décision, car il recherche directement l'efficacité pratique : son objet est l'absolu-utile, dans un milieu, par ailleurs, juste.

La philosophie prend la volonté à son éclosion même, alors qu'elle est totalement pure, mais pratiquement inefficace encore. Elle sonde l'intention la plus lointaine. Ceci n'est point la mission du droit. Il attend que la volonté se soit chargée d'une certaine matérialité qui l'assure et qui lui donne une valeur effective. Il ne peut envisager que sa manifestation positive et sûre. Pas plus qu'en droit pénal la simple intention ne peut suffire, la simple résolution ne satisfait le droit civil. Pureté moins grande du point de vue absolu, car ce qui est déjà une erreur philosophique peut être encore une vérité juridique ; c'est le sens de l'adage : *Error communis facit jus*. Mais cependant seule ambition permise au droit, et qui permet de concevoir ce que rationnellement doit être la volonté juridique : une volonté manifestée.

« Lorsqu'on cite la volonté comme élément essentiel à l'existence des actes juridiques, a écrit M. Bourgeon, on entend parler non pas de cette volonté intérieure qui ne peut relever que de la loi morale, mais bien de cette volonté qui s'est manifestée extérieurement, la seule que doit envisager la science juridique[1]. »

II. — Et c'est ainsi la volonté philosophique qui permet d'établir *a contrario*, ce qu'il faut que soit précisément la volonté juridique.

Ce qu'il importe de découvrir dans l'acte juridique, c'est moins une manifestation de volonté, qu'une *manifestation d'engagement*, c'est à dire une volonté parfaite à l'époque de son cours où elle s'extériorise sous une certaine forme. C'est ce que M. Dereux fait très nettement comprendre en ce qui concerne le type particulier du contrat, mais sa démonstration doit être généralisée. « J'ai acheté un objet : ce qui est important, ce n'est pas

(1) *Op. cit.*, p. 55.

que j'affirme : je veux cet objet ; ceci ne regarde que moi seul ; ce qui est important, c'est que je dise : je paierai cet objet. Qu'une personne déclare s'engager envers une autre, voilà l'essentiel dans le contrat[1] ».

C'est ce raisonnement qui a permis aux Allemands de séparer « la volonté de la déclaration » : l'*engagement*, et « la volonté de l'effet ou du but » : *la volition*. La volonté-but, objet de la philosophie, n'est que la phase préparatoire de la volonté-engagement, objet du droit. La conclusion très rigoureuse qu'ils en tirent est que la volonté *motivée* n'est pas encore juridique ; seule l'est la volonté *manifestée*.

III. — Mais une fois engagé dans cette voie, où l'on abandonne la volonté même, pour ne plus considérer qu'un état de cette volonté, ne devient-il pas insuffisant de parler de manifestation d'engagement? La manifestation nous donne une volonté juridique sûre, mais qui n'est peut-être point irrévocable, et le droit visant à la plus grande utilité, mais dans le milieu de la justice, ne peut accueillir qu'une volonté, non seulement manifeste, mais encore définitive. En d'autres termes, le principe rationnel qui veut que la volonté juridique soit radicalement ferme, n'a-t-il pas pour conséquence logique d'exiger que cette volonté emprunte, de toute nécessité, pour se traduire, une forme prédéterminée — geste, parole ou écrit —, qui évite toute discussion sur sa certitude ?

Cette conclusion serait évidemment exagérée. Exiger la soumission de la volonté à un fait étranger à sa traduction normale, conduit bientôt à préférer ce fait, plus apparent, à la volonté même, et à transposer d'elle à lui le principe obligatoire. C'est en revenir à la *causa civilis* ou au formalisme d'un nouveau contrat verbal, et c'est confondre la question principale et interne d'obligation avec la question subsidiaire et externe de preuve et de publicité.

(1) *Rev. crit.*, 1901, p. 530.

N'exiger même qu'une manifestation positive, mais qui serait toujours nécessaire, serait encore trop demander, en enlevant à l'idée de volonté tacite un domaine d'exercice très légitime, encore qu'exceptionnel. Et, sans qu'il nous soit possible de fixer ici dans quelle mesure la volonté tacite paraît suffisante, reconnaissons que certaines pratiques d'affaires — telle la tacite reconduction — révèlent un besoin impérieux et équitable de l'admettre [1].

Ainsi, pour autant qu'il nous paraît nécessaire de trouver une formule plus précise que celle de « volonté manifestée », il importe cependant de se contenter d'un minimum contenu dans l'idée de volonté manifestée *définitivement*. Non point, d'ailleurs, dans le sens utopique que l'auteur du vouloir n'éprouvera jamais le désir de le modifier dans l'avenir, mais, en ce sens que, dans le présent, il révèle le plus parfaitement l'aboutissement, actuellement irrévocable, des influences qui ont amené son esprit à vouloir.

Ce qu'il faut, c'est fixer la volonté dans son cours ininterrompu. Stabilisation un peu arbitraire, car le contrat que je forme aujourd'hui, je ne l'eusse, sans doute, pas conclu hier, et demain m'apportera de nouvelles défiances ; mais stabilisation pratiquement indispensable, si l'on considère non plus la situation de l'émetteur, mais celle des tiers. Ceux-ci ne sauraient prendre en considération la volonté même, qui n'est qu'une pensée d'un ordre particulier, et qui a, de la pensée, ce trait d'être en un perpétuel devenir. Il leur faut une manifestation qui n'appartienne plus à son auteur et qui, s'étant concrétisée en dehors de lui, soit parvenue à être quelque chose qui *est*, et non quelque chose qui *devient*.

Or, le concept qui résume le mieux cette nécessité d'une volonté arrêtée, n'est-il point celui qui est contenu dans la théorie de la *déclaration de volonté ?* On ne peut et on ne doit reconnaître la

(1) V. Barrault, *Essai sur le rôle du silence créateur d'obligations.*

volonté que dans les limites de la déclaration qui en est faite par son auteur, car alors on peut parler de « l'obligation morale de l'agent qui lance dans le milieu social extérieur une déclaration de volonté, laquelle, séparée de lui, va produire des effets, léser les uns, avantager les autres, susciter des espérances, en un mot produire des conséquences sociales, parce qu'elle est devenue un acte [1] ».

Déduction rigoureusement exacte, au point de vue de la logique, du principe rationnel qui définit la volonté juridique : « Une volonté manifestée extérieurement [2] ».

Et la théorie de la déclaration de volonté, qui accueille cette conséquence, n'a pas à invoquer en sa faveur que l'exactitude théorique, qui dérive de la distinction de la volonté psychologique et de la volonté juridique. Elle constitue également la méthode qui permet au vouloir de produire le plus ingénieusement le maximum d'effet pratique. L'hypothèse du contrat entre absents en est une vérification typique.

Si l'on exige, pour la perfection du contrat, une coexistence de volontés effectives, on ne saurait les découvrir dans le contrat par correspondance qu'à renfort de présomptions et de fictions ; et mieux vaudrait conclure, avec plus de franchise que d'utilité, comme le fait M. Worms, que dans ce contrat, il n'y a pas contrat [3]. Au contraire, avec le système de la déclaration, tout est simple : le contrat se forme par la coexistence de la déclaration d'une offre et de la déclaration d'une acceptation [4]. Et cela est si vrai que si je révoque ma proposition, sans que la déclaration de ma révocation devance celle de mon offre, le contrat ne s'en forme pas moins.

Au surplus, remarquons que, même entre présents, un con-

(1) Hauriou et de Bézin, *Rev. trimest. Droit civ.*, 1903, p. 585.
(2) Bourgeon, *op. cit.*, p. 55.
(3) *De la volonté unilatér.*, p. 188.
(4) V. Marcaggi, *Etude sur la format. des contrats entre absents*, p. 157-194.

cours actuel des volontés n'existe pas ; il est simplement plus rapproché ; tout au plus sont-ce leurs manifestations qui peuvent être dites concomitantes. Seule, la cérémonie d'un formalisme réaliserait une participation concurremment existante à l'égard de tous. Et nous savons que cette rigueur logique présente plus d'inconvénients que d'avantages.

La déclaration de volonté, réclamée par l'intérêt direct du co-contractant dans la convention, est exigée plus nettement encore par l'intérêt de l'universalité des tiers, dans l'engagement par volonté unilatérale. Plus étrangers à la psychologie du pollicitant, ils doivent n'avoir à compter qu'avec l'expression de la volonté, sans avoir à découvrir nul *propositum in mente retentum*.

IV. — Ainsi, la déclaration doit donc être dite parfaite, du fait seul qu'elle existe. Elle est, de sa nature, étrangère à toute condition interne de validité. On ne lui conçoit qu'une garantie externe : l'*indépendance*.

Des trois vices, traditionnellement reconnus susceptibles d'attaquer la volonté, la déclaration ne retiendra que *la violence* qui, en effet, affecte moins la volonté que sa manifestation : *Coactus volui, sed tamen volui*. La volonté juridique nous apparaît donc désormais comme *la déclaration libre* d'un engagement.

V. — Mais faut-il suivre, sans méfiance, la pente où entraîne naturellement une telle définition ? Sans parler même de l'idée allemande qui aboutit à faire éventuellement de cette force factice, en somme, une force souveraine et exclusive, maîtresse tour à tour de poser un principe plus sévère que celui de la cause, en exigeant l'examen des motifs, ou d'autoriser une indépendance totale, en accueillant l'acte abstrait [1], devons-nous croire que dans

(1) V. *C. civ. allemand. Partie générale*, II, 3. Il est curieux de remarquer que les principes qu'il admet ne sont pas, au fond, éloignés des trois principes dont nous partons. L'erreur de l'art. 119 se rapporte à la volonté ; l'enrichissement indu de l'art. 812, à la cause ; l'activité illicite des art. 138 et 817, à l'ordre public.

cette déduction logique, qui aboutit à la déclaration de volonté, tient toute la raison du vouloir juridique ? Le raisonnement ne s'est-il pas développé quelque peu au détriment de la réalité, et en comprimant d'autres énergies que celle-ci possédait encore ? Comment cette expression d'une volonté, qui ne se rattache plus à la volonté même, contiendrait-elle le germe créateur de l'obligation ? Admettre la déclaration de volonté, ce n'est donc point épuiser l'étude de la volonté juridique. C'est seulement la définir par ses traits extérieurs, sans pénétrer jusqu'à son essence. C'est reconnaître la volonté qui peut produire un effet de droit, mais ce n'est pas encore déterminer pourquoi elle le peut produire. Dire que la déclaration de volonté produit l'obligation révélerait le même abus de langage que d'affirmer que l'arbre produit le fruit : encore faut-il ajouter que la déclaration pour engendrer un effet de droit, doit demeurer reliée au vouloir qui la vivifie, comme l'arbre doit puiser dans le sol la sève qui l'alimente.

C'est en présence de cette zone profonde que nous nous trouvons à présent.

Section 2. — L'Énergie créatrice de la Volonté juridique

La volonté juridique doit être une volonté déclarée, mais elle ne peut pas être que cela. Le code civil allemand, qui admet très largement la déclaration de volonté, affirme cependant dans son art. 133, qui ne diffère pas beaucoup de notre art. 1156 C. civ. : « Pour ce qui est de l'interprétation d'une déclaration de volonté, il y a lieu de rechercher la volonté réelle, et de ne pas s'en tenir au sens littéral de l'expression[1]. » C'est reprendre, en l'un et l'autre texte, l'idée de bon sens exprimée déjà par Papinien : *In conventionibus contrahentium, voluntatem potius quam verba spectari placuit*[2]. Mais dès l'instant que l'on pose en principe qu'il faut donner à la déclaration le sens qui traduit le plus parfaitement le

(1) Cf. art. 157 *C. civ. all.*, pour les contrats.
(2) *Dig.*, L., 16, 219.

contenu de la volonté interne, on est plus proche de la volonté que de la déclaration. Et si la logique a déduit la déclaration, la raison, en effet, induit la volonté. Sa manifestation n'est qu'une enveloppe, et pour autant que cette enveloppe est nécessaire, on ne peut conclure de son existence à la réalité de ce qu'elle est censée contenir.

I. — Une série de déclarations parfaites, c'est à dire libres, témoigneront de volontés très diverses, que le droit ne saurait également accueillir. Il ne peut trouver en leur simple expression la base d'un criterium, qui serait tantôt trop large et tantôt trop étroit.

Trop large, puisqu'une référence à la simple déclaration aboutirait à sanctionner aussi bien la volonté de l'incapable, de l'enfant ou du fou, que la volonté du majeur capable ; puisque, même à l'égard de ce dernier, elle entraînerait des conséquences évidemment exagérées. Supposons, en effet, que se trouvent dans le numéro d'un journal, l'offre de vente par Primus d'un cheval au prix de 1.000 frs ; et la demande d'achat, par Secundus, d'un cheval pour un prix ne dépassant pas 1.200 frs. Verra-t-on dans ces deux déclarations de volontés coexistantes, la conclusion effective du contrat ? Nul ne saurait le prétendre. Et cela, non seulement parce que le « moins dans le plus » n'est pas l'équivalent d'un accord certain de volontés, mais plus précisément, parce que la déclaration, détachée de la volonté, n'est plus que la figure morte et inerte d'une pensée vivante et seule créatrice.

Criterium, par ailleurs, trop étroit, puisqu'il est seulement applicable aux opérations juridiques préconçues, aux manifestations de volonté qui peuvent être formelles, comme dans le contrat, mais qu'il ne peut apprécier le vouloir sans forme, tel qu'il existe, par exemple, dans certains quasi-contrats.

Par deux extrêmes opposés, la déclaration se résout donc en des insuffisances, et les exigences pratiques la renvoient vers la

volonté, vers une volonté juridique qui n'ira point, comme la volonté psychologique, jusqu'à rechercher si le vouloir est déterminé ou indéterminé, mais qui s'efforcera seulement de fixer à quelles conditions il est déterminant.

Ceci n'est plus une question extérieure et de forme ; c'est une question interne et profonde. C'est la recherche et l'établissement des garanties suffisantes que doit avoir la volonté, à l'égard de celui qui l'émet, en même temps qu'à l'égard de celui qu'elle touche, pour que le droit puisse l'accueillir et lui reconnaître efficacité. « La loi, a écrit M. Michoud, protège non la volonté, mais l'intérêt que cette volonté représente [1]. » La correction de la volonté ne fait pas que protéger celui qui l'émet ; elle doit encore, selon le mot de M. Lévy, justifier « la confiance (légitime) qu'inspire au créancier la promesse du débiteur [2] ». Cette double nécessité sera assurée si la volonté satisfait à certaines exigences.

Or, la volonté se déplace selon trois progressions différentes, et l'on conçoit que l'on en apprécie la force selon trois points de vue distincts : selon son étendue, selon sa profondeur, selon sa qualité. Convient-il de poser concurremment trois limites minima à son action, ou bien paraît-il suffisant de se référer à l'une ou à deux d'entre elles ?

II. — En étendue, la volonté présente trois degrés d'intensité. Il peut s'agir d'une volonté banale, extérieure au droit ; d'une volonté juridique unilatérale ; enfin, d'une volonté juridique bilatérale [3].

Sous sa première forme, la volonté existe, mais est inefficace au point de vue de la création du droit ; elle a cet aspect, par exemple, dans tous les cas d'enrichissement indu, où elle n'est pas dirigée vers l'obligation qui lui est consécutive. Ne s'attacher

(1) *La théorie de la personnalité morale*, t. I, p. 99.
(2) *Responsabilité et contrat. Rev. critiq. 1899*, p. 383.
(3) V. Luchet, *Rev. génér. du droit, 1908*, p. 441. — De la Grasserie, *Rev. critiq., 1911*, p. 308.

qu'à elle serait commettre l'erreur qu'a stigmatisée la philosophie scolastique : *Post hoc, ergo propter hoc*. Par ailleurs cependant, elle n'est pas totalement indifférente, et si elle ne crée pas l'obligation, elle crée le fait qui va l'engendrer. Ici, comme l'a dit M. Bufnoir, « la volonté n'est exigée que comme substratum du fait d'où va naître l'obligation [1]. »

Avec d'autres hypothèses — telle, par exemple, la gestion d'affaires —, la volonté s'achemine vers un état de volonté juridique. Il va s'agir de plus en plus nettement d'une volonté unique encore, mais dirigée dans un but juridique : c'est la volonté unilatérale ; et l'on conçoit que l'obligation naisse, au moins pour partie, dans la limite du vouloir ainsi déterminé. La volonté s'est assurée progressivement, comme on le constate dans le testament, dans le titre au porteur, dans la fondation ; et son exaltation même met en question sa légitimité. Et pourtant, si la volonté détient en elle un pouvoir créateur, une seule volonté doit se suffire. Le droit n'est pas, selon le mot de M. de la Grasserie, « l'enfant idéal des deux volontés conjointes [2]. »

Néanmoins, il paraît s'agir là d'une construction un peu légère, et l'on propose comme type normal et sûr de la volonté créatrice, la volonté bi-latérale, la volonté conventionnelle. La déclaration qui résume le contrat semble avoir trouvé une force dans ce conflit de désirs différents qui se sont stabilisés en un accord unique.

Que vaut cette première tentative, qui s'efforce de trouver un criterium de la volonté créatrice, dans l'étendue du vouloir ? Elle semble manquer de solidité. Nous voyons une série de vouloirs progressivement renforcés, extérieurement au moins. Ceci ne peut aboutir qu'à une constatation secondaire, à savoir que, dans les différents types d'obligations, le degré de volonté n'est pas toujours identique à lui-même, pas plus sans doute, que ne l'est le quantum de la cause ; et c'est ce que nous serons appelé

(1) *Propriété et contrat*, p. 801-802.
(2) *Rev. crit. 1911*, p. 305.

à vérifier dans notre troisième partie. Mais cette constatation est impropre à définir la volonté juridiquement efficace. Ou il s'agit d'un vouloir extérieur au droit, comme dans le premier cas, et il ne saurait en rien engendrer l'obligation. Ou il s'agit d'un vouloir qui se propose un but juridique, et alors, qu'il soit unilatéral ou bi-latéral, il n'en perd ou n'en acquiert aucune force. Il ne faut point considérer l'accord des volontés, tel qu'il a lieu dans le contrat, comme constituant la combinaison qui seule revêt la volonté de son caractère d'efficacité juridique. Ce mélange de deux volontés n'est que le résultat de concessions réciproques ; il n'est point le rapprochement de deux organes qui se fécondent ou le contact de deux pôles qui se complètent. Si la volonté peut être créatrice de l'obligation, c'est en vertu d'un autre phénomène ; c'est par un principe intime de son essence constitutive, et tel qu'on le découvrira beaucoup plutôt dans la volonté unilatérale, qui n'a subi aucune compression, que dans la volonté conventionnelle, qui est, le plus souvent, une déformation. Il nous faut, dès lors, abandonner cette première voie qui nous fait seulement côtoyer le vouloir, sans pénétrer en lui. Les deux autres progressions que nous avons prévues, possèdent évidemment ce mérite.

III. — Et tout d'abord, la volonté varie en profondeur. Nous entendons par là distinguer la volonté qui n'apporte d'autre certitude que celle de sa manifestation même, et la volonté qui s'appuie sur des raisons profondes, qui pousse ses racines dans le champ obscur où se détruisent et où se combinent les influences infinies du raisonnement et du sentiment. Ne convient-il point de ne reconnaître efficacité qu'à la seule volonté qui s'explique, qui s'analyse, et n'est-ce point là le secret de la volonté génératrice, que d'être celle qui peut se décomposer en des raisons, et dont le vrai mérite est d'en former le faisceau ? « Accomplir un acte juridique, a écrit M. Gounot, ce n'est pas se placer à l'intérieur d'une construction technique, c'est tendre à un but pra-

tique, c'est poursuivre un résultat déterminé de l'ordre juridico-économique[1] ». La volonté qui peut créer un certain effet, est-elle autre chose qu'une volonté qui veut profondément cet effet ? De même que, dans l'ordre physique, la loi qui explique l'existence des phénomènes se ramène toujours à un *quia ;* dans l'ordre juridique, peut-être n'est-il d'autre justification, que de tout ployer à un *ut.*

Mais quels vont être les éléments qu'il nous faudra prendre en considération pour apprécier si la volonté est bien le résultat d'une discussion intérieure suffisamment serrée, si la volonté est assez rationnellement *voulue ?*

On a coutume de citer, à cet égard, le motif et la cause, dans un rapprochement destiné à les mieux opposer ensuite.

L'un et l'autre seraient des conceptions intellectuelles, des prises en considération d'influences d'une double sorte, assez analogues à celles qu'en psychologie, on a coutume d'opposer sous les concepts de *mobiles* et *de motifs*. Analogue au mobile philosophique, qui révèle des influences de la sensibilité, le motif juridique serait une appréciation des influences d'ordre sentimental qui invitent à vouloir ; et la cause juridique, analogue au motif philosophique, qui révèle des influences de la raison, serait une appréciation des influences d'ordre objectif qui expliquent le vouloir. Et l'examen des deux données semble nécessaire pour témoigner d'une investigation assez sagace et assez complète du pour et du contre, tels qu'ils se dégagent, à la fois, des forces intellectuelles et qualitatives, et des forces matérielles et quantitatives, qui agissent sur l'esprit.

Raisonnement doublement faux, en dépit de son apparente logique.

Tout d'abord, il est d'une analyse superficielle de ne distinguer la cause et le motif que par leur contenu. Sans doute, pour chacun d'eux il est d'une essence absolument différente, et il

(1) *Op. cit.*, p. 201.

est bien vrai que, tandis que la cause ne traduit que l'émolument quantitatif, le motif exprime des impressions qualitatives. Mais il est entre eux une autre différence, d'où celle-là découle : ils sont distincts dans leur nature. Tandis que le motif est un dérivé du vouloir, un coefficient qui en soi n'est rien, et qui ne vaut que dans la mesure où la volonté l'accepte, la cause est, au contraire, une donnée étrangère au vouloir ; elle est un quantum qui existe à côté et indépendamment de lui. Elle contribue, pour partie, mais dans un domaine propre, à constituer l'obligation, de même que la volonté a son rôle créateur partiel, et dans son domaine à elle. Le motif suppose l'appréciation subjective d'une certaine donnée ; la cause est une donnée objective, indépendante de toute appréciation. Le motif est une cause finale, qui ne modèle l'obligation qu'en passant par la volonté ; la cause est une cause efficiente, qui conditionne directement l'obligation [1]. Dans la mesure où la cause influence la volonté, elle n'est plus qu'un motif. Si je me porte acquéreur d'un cheval, mon obligation de payer le prix repose sur l'attribution qui m'est faite du cheval. Mais ceci n'est pas assez dire. En tant que cette attribution apparaît à mon esprit comme la satisfaction du désir que j'ai de me servir d'un cheval, c'est un motif. Et, de ce point de vue, c'est par la volonté que je suis obligé, car ce motif m'a amené à contracter l'engagement de payer le prix. Mais, en tant que cette attribution est la compensation objective exacte du prix que je veux payer, elle échappe à mon vouloir, et c'est par la cause que je suis obligé.

La conséquence de cet état de choses, c'est que la cause n'a rien à voir avec la volonté. Elle ne peut, en quoi que ce soit, être un principe explicatif du fait pour lequel la volonté peut créer l'obligation, car, faire remonter la volonté jusqu'à elle, c'est retirer toute force à la volonté, puisque c'est dire que la valeur de l'obligation est tout entière objective.

Seul le motif peut donc être retenu comme assise de la volonté.

(1) V. Bergis, *Notion et rôle de la cause*, p. 241.

Convient-il de le faire ? C'est la seconde erreur, qui se glisse ici.

S'il faut, en effet, tenir compte du motif, il faut tenir compte de tout motif. Il n'y a pas de barême de sa valeur. Il faut soupeser l'arrière-pensée la plus lointaine et supputer chaque réserve mentale ; il faut exiger la mise à nu de l'intérêt qui invite à s'obliger, alors que c'est le prolongement normal de cet intérêt qui commande de le tenir secret. Effort superflu et vain, d'ailleurs. Il n'est que peu d'actes pour la préparation desquels l'esprit se livre à un travail si minutieux qu'il prenne lui-même une exacte conscience des tendances qui l'entraînent. Le plus généralement, des forces subconscientes s'accumulent dans deux sens opposés : s'engager ou ne point s'engager ; accepter ou refuser telle condition ; et soudain, le déséquilibre entraîne l'une des deux éventualités, ne laissant au vouloir qu'un sentiment si imprécis d'avoir fixé ou simplement ratifié ce choix, qu'il ne convient guère de lui en attribuer tout le mérite.

Et au surplus, cette exigence si radicale qui assujettirait la volonté à une explication si lointaine, que donnerait-elle d'autre qu'un résultat tout psychologique ? Qu'importe au droit le mécanisme ou l'origine de mon vouloir, si mon vouloir existe et existe avec certitude ; et en quoi les circonstances, antérieures à son existence, peuvent-elles légitimer la force que cette existence seule déchaînera ?

Ou bien le motif est si impérieux qu'il s'érige en une condition, dont se trouve affectée l'opération, et il n'est plus alors un simple motif, mais une volonté juridique complète, distincte et individualisée [1] ; ou bien il n'est qu'un rouage de la volonté pure, donc de la volonté psychologique, mais non de la volonté juridique, qui est essentiellement « la déclaration d'un engagement ». De toute manière, et que le motif soit trop ou trop peu, ce n'est pas la valeur qu'il a, qui remonte jusqu'à la déclaration, et vient la féconder.

(1) V. Colin et Capitant, *Manuel*, t. II, p. 316.

Ainsi, le second criterium, basé sur la profondeur de la volonté, et cherché dans la cause ou dans les motifs qui la soutiendraient, échoue comme le premier, qui était fondé sur son étendue. La volonté n'est point légitime, en droit, parce qu'elle se rattache à un but, à un intérêt légitime et sûr. Mais ne l'est-elle point par sa valeur propre, parce que l'engagement qu'elle exprime est normal et sain, en soi ?

IV. — Nous voyons, en effet, la volonté se déplacer suivant une troisième gradation : elle varie en qualité.

C'est être encore dans la théorie que de parler de volonté tout court. Il est autant de volontés qu'il est d'individus, parce qu'il est autant de raisonnements qu'il est d'esprits ; et, entre le sage et le fou, s'échelonnent toutes les teintes et les demi-teintes des impulsifs, des capricieux, des monomanes, des faibles d'esprit. A l'égard même de la volonté habituellement normale, il est à prévoir les déformations de l'ivresse, de la suggestion, de l'hypnotisme, et, d'une façon plus générale, des influences étrangères qui s'exercent sur elle. De même que la *déclaration*, expression extérieure de la volonté, vaut par son indépendance envers ces influences étrangères, et doit être une *déclaration libre ;* c'est un même principe qui fonde la valeur de l'*engagement,* expression profonde de la volonté. Mais sa véritable indépendance est résumée dans un terme particulier. Elle n'est plus la liberté, dépourvue de violence ; elle est *la correction interne de l'engagement,* qui est révélée par deux chefs : la capacité, qui en est la condition générale ; l'absence d'erreur ou de dol, qui en sont les vices particuliers.

La capacité, première condition, et la plus large, de la volonté saine, a pour bornes les seuls cas d'incapacités naturelles. Les incapacités légales, comme celles de la femme ou du mineur, sont des dérivés de l'ordre public et non de la volonté. Cette incapacité naturelle définit la valeur de la volonté par deux voies qui se complètent.

Il y a, d'abord, une incapacité subjective : ce sont les degrés progressifs d'insanité du vouloir, et la volonté juridique est amoindrie ou même inexistante.

Puis, il y a une incapacité objective, légitime quant à celui qui l'émet, mais illégitime dans le résultat qu'il se propose. L'objet de l'obligation dépasse la limite de ses droits, comme il arrive pour le gérant d'affaires, qui ne peut prétendre définir par sa propre volonté l'étendue de l'obligation du gérant; ou même il empiète catégoriquement sur le domaine des droits d'autrui, comme il arrive lorsque c'est la volonté créancière, à l'exclusion de la volonté débitrice, qui prétend composer l'obligation. Le contrat d'adhésion peut fournir un exemple typique de cette situation [1]. Ici encore, l'incorrection de la volonté pourra être plus ou moins profonde.

L'absence des vices du consentement — erreur et dol — est la seconde condition, et la plus étroite, de la volonté saine. Ils peuvent supprimer totalement la valeur de la volonté ou seulement la diminuer. Il y a insuffisante correction du vouloir.

Puisque l'homme veut, et qu'effectivement il découle de sa volonté des transformations dans l'état des choses, c'est que son vouloir est, pour partie au moins, créateur. Ce qui le rend créateur, c'est l'inclusion en lui, suivant les domaines où il s'exerce, de la force capable d'attaquer et de modifier telle catégorie de choses. En droit, cet objet de son action, ce sont des situations qualitatives, et la force qu'il doit posséder pour les créer ou les détruire, c'est celle qui a prise sur cette valeur intellectuelle : c'est la correction de la manifestation volontaire, alors que celle-ci est devenue l'engagement juridique. Et c'est pourquoi la correction n'a pas à remonter jusqu'au motif, qui est tout psychologique. La volonté est subjective, mais la valeur juridique de la volonté est déjà de tendance objective.

(1) V. *Infra.*, troisième partie, ch. III et IV.

Conception simple et logique, et qui paraît aussi exacte théoriquement que pratiquement.

Théoriquement, nous avons toujours senti que la volonté est affaire de qualité. C'en est ici la vérification. La volonté participe à la création de l'obligation dans la mesure où elle est une volonté saine.

Pratiquement, ce criterium, situé sur l'échelle où se meut la volonté en valeur, est précisément le seul, contrairement aux deux autres qui s'attachaient à son étendue ou à sa profondeur, qui s'harmonise avec le système de la déclaration, en lui apportant son complément nécessaire. La volonté juridique ne nous apparaît plus seulement comme la déclaration libre d'un engagement. *Elle est la déclaration libre d'un engagement sain.*

C'est en considérant le jeu de cette volonté et la limite de son action, que nous achèverons d'en préciser la notion, car par là nous la rendrons vivante.

Section 3. — Le Rôle et la Limite de la Volonté juridique

Un effort logique pour définir la volonté juridique, nous a fait voir en elle la libre déclaration d'un engagement ; un effort rationnel pour en analyser le contenu, nous a amené à reconnaître la nécessité que cet engagement soit naturellement sain. Ce sont là les deux exigences qui, loin de se contredire, se complètent harmonieusement, et qui fixent ce qu'il est nécessaire et ce qu'il est suffisant que soit cette volonté. La déclaration n'a de valeur qu'autant qu'elle exprime un engagement sain ; mais un engagement sain n'est efficace que s'il est manifesté dans une déclaration libre. La déclaration est le déclanchement qui provoque l'acte juridique. Elle constitue la mesure dans laquelle la volonté est *déterminatrice* du droit. L'engagement est le principe qui engendre l'obligation consécutive à cet acte juridique. Il constitue la mesure dans laquelle la volonté est *créatrice* du

droit [1]. Tels sont toute la légitimité et tout le rôle de la volonté. Son entrée en jeu doit produire et ne pas dépasser cette double action. Mais ce jeu est si normal que pour chacune des deux données de la volonté — déclaration et engagement — c'est leur rôle même qui définit leur limite, témoignant ainsi de leur cohésion profonde.

A. — La déclaration

Le rôle de la déclaration est d'exprimer le plus minutieusement possible la volonté de son auteur. Ses cadres sont ceux que définit tout l'intérêt subjectif de celui-ci. C'est là toute l'histoire de sa mission, et qui fait comprendre tout ce qu'elle doit être et tout ce qu'elle ne saurait être.

I. — Ce qu'elle doit être, c'est le déclanchement de l'opération juridique, c'est à dire la source de l'obligation, tandis que l'engagement proprement dit, de concert avec la cause, en sera le fondement. C'est de la déclaration qu'il est vrai de dire ce que M. Gounot dit de la volonté tout entière, en restreignant exagérément sa portée : elle « n'est ni la cause efficiente, ni la cause finale du droit ; elle n'en est que la cause instrumentale [2]. »

Ceci répond à la double nécessité, que nous avons pressentie déjà : exprimer ce qui est voulu, et donner à cette expression une marque d'irrévocabilité.

C'est, en effet, à la volonté déclarée qu'il appartient d'abord de dégager le but poursuivi, et les moyens choisis pour y atteindre, c'est à dire de définir l'opération juridique qu'on a prétendu accomplir. La déclaration, de ce point de vue, domine la cause qui, à elle seule, n'assurerait jamais que la justice réparatrice de l'enrichissement indu. Elle témoigne que l'équivalent du bœuf que j'échange sera le cheval qui m'a été promis, et non ce bœuf

(1) Cf. Gounot, *Op. cit.*, p. 366. — V. aussi Bourgeon, *Op. cit.*, p. 13 et suiv.
(2) *Op. cit.*, p. 450.

même, parce qu'elle révèle que l'obligation contractée par mon débiteur est précisément celle d'un échangiste et non d'un commodataire. La déclaration précise les détails de l'obligation ; y fait pénétrer un terme, une condition, une quelconque de ces clauses par lesquelles se traduit l'ingéniosité de l'esprit. Elle réalise cette nécessité initiale de toute opération juridique obligatoire, d'amorcer le lien qui va grouper les parties ; et, par là, elle domine toute la suite de l'acte, tous ses résultats [1].

Puis, la déclaration est la marque que cette expression d'une volonté est définitive et irrévocable. Elle affirme que ce qu'elle contient est un engagement, et non plus un projet. Mais comment ma volonté d'aujourd'hui peut-elle ainsi engager ma volonté de demain ? Où mon vouloir puise-t-il cette force absolue, alors qu'il semblait n'avoir que cette valeur relative d'être la représentation sincère de mon état d'esprit actuel ? Dans la cause, dira-t-on, qui, mise en mouvement par la volonté, pèse désormais sur elle et ne lui laisse plus son indépendance sciemment abdiquée. Mais non, car le quantum de l'obligation ne suit pas les variations de la consistance de son équivalent. Ce n'est qu'exceptionnellement, dans le mandat, dans la société, dans le dépôt, qu'un changement dans la donnée objective peut amener une modification ou une résolution anticipée du contrat. C'est bien dans le concept même de volonté qu'il faut trouver cette garantie de l'avenir : elle est la conséquence normale que doit entraîner la déclaration de volonté. C'est précisément parce qu'elle est une déclaration formelle, et non l'expression indécise d'une volonté passagère, qu'elle s'affirme définitive et sûre. La volonté déclarée s'enchaîne en même temps qu'elle s'énonce.

II. — Ainsi, la déclaration fait entrevoir, de soi, quelle doit être sa limite. Elle révèle tout l'intérêt subjectif que protège celui qui s'oblige, en définissant, à l'inverse, ce à quoi il se sou-

(1) Cf. Bufnoir, *Propriété et contrat*, p. 560.

met. Au lieu que la cause légitimera l'atteinte portée à la consistance d'un patrimoine, la déclaration légitime l'atteinte portée à l'intégrité d'une personne. Elle est le dernier et nécessaire vestige de l'*obligatio,* opposée au *debitum*. Elle est l'argument fondamental du débiteur averti, qui équilibre en elle l'intérêt qu'il a à s'obliger et le dommage que lui fait subir son obligation ; de même que la cause sera l'argument fondamental du créancier, qui puisera en elle l'étendue et la sécurité de son droit.

Aussi, dans cette voie de la protection de son auteur, la déclaration ne peut prétendre qu'à la défense d'un intérêt tout subjectif, qui a pour bornes l'intérêt objectif inclus dans la cause. C'est ainsi que dans l'acte abstrait, en particulier, où son indépendance semble plus large, il faut bien comprendre que ce n'est là qu'une apparence. Celui-ci n'est pas une hypothèse exceptionnelle, dans laquelle il est permis à la déclaration de s'exalter jusqu'à l'arbitraire ; il est, tout au contraire, une confiance faite à sa pondération. De ce que la cause n'est pas exprimée, il ne faut point conclure qu'il est loisible de négliger son essentielle influence, mais plutôt croire qu'on la reconnaît avec moins de contrainte [1]. En sorte que, la déclaration de volonté doit toujours être conciliable avec la réalité ou la possibilité d'une cause. C'est, à ce prix, qu'elle peut être la première contribution de la volonté à l'établissement de l'obligation. Les bornes les plus reculées de celle-ci sont, en effet, les termes effectivement employés. Ils sont comme la mesure provisoire, et jusqu'à plus ample informé, du montant de l'obligation.

B. — L'engagement

L'engagement apparaît comme un second degré de précision ; comme un cercle concentrique et intérieur au premier. Car, la volonté n'est pas uniquement « une phase passagère [2] » de la

(1) V. *Art. 812 C. civ. allemand.* L'enrichissement indu trouve aussi bien son application dans l'acte abstrait.

(2) Gounot, *Op. cit.*, p. 21.

formation de l'acte juridique. L'engagement proprement dit poursuit au fond le travail révélé extérieurement par la déclaration ; et la volonté, après avoir déclanché l'obligation, commence à l'organiser ; elle est fondement après avoir été source.

Mais ce nouveau rôle, elle ne le possède pas à titre exclusif. Elle le partage avec la cause ; pour l'engagement comme pour la déclaration, et avec plus de netteté encore, c'est dans la cause qu'elle trouve la limite de sa mission. Ce qu'il nous faut donc découvrir ici, ce n'est plus, comme dans la déclaration, un principe déterminateur, mais bien un principe créateur de l'obligation. Or, dire que la volonté crée l'obligation de concert avec la cause, c'est pressentir déjà la portée respective des deux principes. La cause, expression objective d'une consistance matérielle est, comme nous le savons déjà, pure affaire de quantité. Elle laisse pour champ d'action à l'engagement de faire sortir de lui un intérêt subjectif, d'ordre psychologique. L'engagement doit définir l'obligation en qualité, et ne faire que cela.

I. — Formule qui semble, au premier abord, plus sonore que pleine, et qui ne paraît répondre qu'à une symétrie artificielle, alors pourtant que ce rôle d'un spiritualisme purifié et délimité est certain et profond. « Les types juridiques abstraits établis par la loi, a écrit Ihering, les principes de la propriété, de l'obligation, etc... ne deviennent concrets et vivants que parce que la volonté individuelle les remplit, les anime, parce qu'elle s'impose dans la chose[1] ». Et ce n'est point là encore toute la mission de la volonté, ou du moins, c'est en ramasser tout le jeu en une définition trop condensée. « Cette volonté qui s'impose dans la chose, » n'est pas que le principe de vie qui vient animer les forces économiques latentes, existant par ailleurs; c'est surtout l'élément qui les épure et les gouverne. C'est par la souplesse de la volonté que, dans une opération juridique, les parties réalisent le maximum d'utilité, dans le maximum d'équité.

(1) *Esprit du droit Rom.*, III, p. 320.

C'est encore une justice incomplète que celle qui est contenue dans la seule loi de l'équivalence ; et la pratique montre chaque jour l'insuffisance du principe qui donne pour mesure à l'obligation la mesure d'un enrichissement.

Que l'on compare, au point de vue absolu, la perfection du contrat, et celle de l'enrichissement indu, par exemple[1]. L'immense différence qui les sépare est celle-là même qui oppose la puissance qualitative de l'idée à la puissance quantitative de l'émolument.

Pratiquement, le départ entre ces deux domaines est délicat. Pour qualifier la part qui revient à l'engagement dans la constitution de l'obligation, il semble naturel d'emprunter à l'Économie politique cette dénomination de *valeur d'usage*, qui s'opposant à la *valeur d'échange*, révélée par la cause, explique la portée de son action. De même, en effet, que l'obligation devra, pour être juste, être une traduction de la valeur objective de la prestation ou du fait qui constitue son objet ; elle devra, pour être parfaite, y superposer leur valeur subjective aux yeux des parties. Et l'engagement, qu'il soit le résultat d'une volonté unilatérale ou d'une convention, devra réaliser le meilleur équilibre, non pas entre deux choses, mais entre les appréciations que portent sur ces deux choses un créancier et un débiteur. « Quoiqu'on en dise, écrit fort justement M. Saleilles, on n'éliminera jamais la notion de droit subjectif de la sphère du droit objectif[2]. »

Valeur subjective et valeur qualitative, voilà bien la double assise de cette force psychologique, mal définissable, mais sans laquelle la volonté juridique ne serait plus rien d'essentiel, ne serait plus l'image d'une personnalité. C'est sous l'action de cette force qu'est réduite ou augmentée, avec délicatesse, la valeur objective des choses, telle que l'exprime la cause seule. C'est elle qui donne tout son prix à un souvenir de famille, à un bibelot de

(1) *V. infra*, III[e] partie.
(2) *De la personnalité juridique*, p. 557.

collection ; c'est par elle que l'obligation peut reconnaître et apprécier le talent de l'artiste.

Elle se hausse davantage encore, et avec le contrat à titre gratuit, la consistance quantitative cède définitivement devant la qualité du sentiment. Ceci laisse entrevoir toute une gradation possible du rôle effectif de la volonté qui, peu à peu, pénètre plus intimement l'obligation, et finit dans certains de ses types par l'imprégner si totalement, que cette obligation semble ne dériver que d'elle seule.

II. — Mais par là même, nous touchons à la limite nécessaire de la volonté. L'obligation ne peut pas être qu'un rapport entre deux impressions ; elle est, dans sa base nécessaire, un équilibre entre deux patrimoines. Or, la volonté qui doit pouvoir assouplir ce lien, ne doit pas le faire en portant une atteinte profonde à son support matériel. Elle ne saurait détruire certaines certitudes positives. Ainsi que l'a dit M. Demogue : « ... la volonté humaine n'est et ne doit être souveraine que dans une direction générale à donner aux affaires où elle intervient[1] ». L'équité subjective contient en elle une possibilité de perfection, mais aussi un risque d'arbitraire, que la justice objective limite. Le contrat d'adhésion, par exemple, où la volonté l'emporte sur la cause, est souvent un organisme perfectionné, mais plus souvent encore un organisme illégitime. La clause pénale, en particulier, montre à l'évidence, par l'abus fait de la volonté, qu'il doit exister une limite de cette volonté. Celle-ci ne doit qu'adapter, que mettre en œuvre, l'obligation, dont la consistance fondamentale existe en dehors d'elle. De même que nous avons arrêté le rôle de la déclaration à l'*existence de la cause*, nous arrêtons le rôle de l'engagement au *contenu de la cause*.

Et pour grouper l'ensemble de ce résultat en une formule unique, nous disons que la volonté juridique n'est fondée à naître qu'en laissant le champ libre à la naissance possible d'une cause,

(1) *Rev. trimest. Droit civ.*, 1907, p. 308.

et n'est fondée à créer l'obligation, qu'en laissant le champ libre à l'action créatrice possible de cette cause. La *déclaration*, par laquelle Primus assume l'obligation d'un acheteur, est soumise à l'*existence* d'un objet vendu par Secundus ; et l'*engagement*, par lequel Primus fixe l'étendue de son obligation, est soumis à la *consistance matérielle* de cet objet [1]. C'est bien là le rôle normal de l'idée, complément et achèvement du fait, mais qui précisément, pour en être l'achèvement, doit reposer sur lui. Et ceci laisse à la volonté son désirable épanouissement. Henri Poincaré a dit de la pensée : elle « n'est qu'un éclair au milieu d'une longue nuit,... entre deux éternités de mort,... mais c'est cet éclair qui est tout [2] ». Il faut que la volonté, par laquelle la pensée pénètre le droit, mérite encore, dans le domaine du droit, cette définition. Et puisque par ailleurs, nous avons un concept de cause et un concept d'ordre public, qui définissent et limitent le domaine de la volonté, il faut dans ce domaine l'accueillir largement et favoriser son essor.

III. — Cette conception d'une volonté, qui ait vraiment son autonomie, n'est-elle point au reste celle, qu'en conformité avec ses tendances naturelles, accepte le droit français ?

N'en est-ce point toute une démonstration qui est incluse dans ce fait que l'acte générateur de l'obligation est aussi celui qui est translatif du droit réel [3], en sorte que la tradition n'a que son rôle normal d'être la conséquence d'un engagement, d'ailleurs fondé sur une cause ? Qu'est-ce encore que le principe de la liberté des conventions, tel qu'il ressort des art. 1134 et 1156 C. civ., sinon une large admission d'un vouloir créateur ?

Il ne faut point dire avec M. Gounot : « Ce grand principe de la liberté des contrats... ne repose aucunement... sur le principe abstrait de l'autonomie de la volonté, mais sur une présomption

(1) Cf. art. 1601, C. civ.
(2) *La valeur de la science*, p. 276.
(3) V. art. 711, 1138, 1583 C. civ.

de justice[1] ». C'est appliquer, en la déformant, la formule d'Ihering : « La justice est au-dessus de la liberté[2] ». La justice la plus parfaite est obtenue par le mélange de la volonté la plus minutieuse et de la cause la plus précise, dans le milieu moyen de l'ordre public. Mais ne retenir que la justice individuelle et relative, que dégage la cause, ou que la justice sociale, et plus relative encore, que dégage l'ordre public, c'est ne considérer qu'un champ limité ; et il faut embrasser du même regard les trois faces de la justice absolue. C'est donc admettre, dans son domaine, l'autonomie de la volonté, mais l'admettre sans exclusivisme, parce que son domaine n'est pas le seul.

Nous pouvons, dans cette croyance, proposer cette définition dernière de la volonté juridique : « Elle est la déclaration libre d'un engagement sain, source subjective, et fondement qualitatif, de l'obligation établie à la charge de celui qui l'émet. »

(1) *Op. cit.*, p. 451.
(2) *Zweck im Recht.*, I, p. 97.

CHAPITRE II

La Cause

L'autre pôle créateur de l'obligation, pendant de son principe subjectif et qualitatif, est celui qui en fournit le principe objectif et quantitatif. C'est, à côté de l'indépendance de la volonté, qui ne peut engendrer que l'équité relative d'une appréciation individuelle, le soutien de la cause, qui pose la justice plus certaine d'une valeur positive. Et cette cause est la base même de l'obligation, comme la volonté en est le couronnement : *Ex promisso, nemo debitor constituitur, nisi causâ præcesserit legitima promittendi* [1].

Comme nous l'avons fait pour la volonté, c'est en partant de la notion de cause, telle que l'histoire nous l'a donnée, que nous allons en essayer l'analyse. « La cause est la nécessité incluse dans la prestation ou le fait, d'une certaine consistance, qui émanant du créancier, fonde objectivement et quantitativement l'obligation du débiteur. »

Il convient, tout d'abord, de partir de l'élément économique qui est le soubassement de la cause, pour saisir ce qu'il devient en pénétrant dans le droit [2]. Cette élaboration de la valeur matérielle vers la cause juridique, nous amènera à fixer ce qu'est celle-ci. « La cause est une *nécessité incluse* dans une prestation ou dans un fait... »

Il nous sera possible alors de dégager, au sein de cet organisme, ce qui est élément créateur de l'obligation. Ce sera la

(1) *Summa Normand.*, 90, 3.

(2) V. JOURDAN, *Des rapports entre le droit et l'Econom. politiq.*, p. 73-74.

détermination de la force génératrice de la cause : «... une prestation ou un fait *d'une certaine consistance, émanant du créancier...* »

Il nous restera, enfin, de cette force ainsi dégagée, à voir le jeu ; et ce sera la fixation du rôle et de la limite de la cause : « ..... qui fonde *objectivement et quantitativement* l'obligation du débiteur. »

C'est en décomposant la cause en ces trois aspects, symétriques à ceux qui nous ont fait pénétrer toute la volonté, que nous allons essayer d'embrasser toute la cause.

Section I. — La Détermination de la Cause.

« ..... Toute la théorie de la cause, a écrit M. Saleilles, tient dans cette idée que *la délimitation du contenu* d'un acte juridique, échappe à l'autonomie de la volonté privée[1]. » Et cette contrepartie de l'obligation, cet autre élément de sa création, la logique a bientôt fait de le concevoir comme étant précisément l'inverse et le complément de ce qu'est la volonté, c'est à dire un émolument matériel qui va définir l'obligation en quantité, comme la volonté l'a définie en qualité. Cet argument de la raison résulte aussi de l'histoire, qui nous a acheminé, à travers l'acte matériel du troc et l'acte juridique du contrat réel, vers une conception de l'obligation constituée, au moins pour partie, par le quantum même de la prestation sur laquelle elle s'appuie. Et pourtant, dès qu'il s'agit de définir cette cause, une difficulté autrement profonde s'accuse.

Lorsqu'il s'agissait de définir ce qu'est la volonté, l'hésitation sur le choix d'une formule était plus superficielle. Le doute ne s'élevait point sur l'essence même du vouloir, mais seulement sur le moment de son développement où il convenait de le considérer. Ici, l'incertitude porte sur l'essence de la cause. Ne serait-ce point que s'il est possible de faire tenir dans une définition abstraite l'essentiel d'une donnée psychologique,

(1) *Déclarat. de volonté*, p. 253.

il peut sembler impossible d'y enfermer tout ce qui caractérise une donnée matérielle [1]. Le risque est peut-être plus grand, en dépit des apparences, à tenter la philosophie d'un fait, plutôt que celle d'une idée. Pour le premier, il est à redouter qu'on ne sache pas rester en un contact assez étroit avec le phénomène matériel qu'on prétend expliquer, au lieu que pour la seconde, c'est être dans son milieu que de se maintenir dans le pur raisonnement. Or, la volonté est dans l'esprit, mais la cause est dans le fait ; et c'est pour ne l'avoir point reconnu, ou point assez formellement reconnu, que sont nées les discussions, puis les systèmes, qui l'ont déformée ou rejetée.

Une incertitude grandissante découle de la fausse direction qui est suivie d'une manière de plus en plus accusée dans cette recherche du contenu de la cause, et même de son sens et de sa réalité. Il semble que les auteurs, entraînés par le courant général, qui a eu le mérite d'épurer et de spiritualiser le droit, ont abusé de ce spiritualisme et ont, au risque d'obtenir un organisme non viable, introduit l'esprit là où il n'y avait place que pour la matière.

C'est en partant de la déformation extrême de la cause, et en remontant le courant, suivant ses affirmations successives, que nous essaierons d'en retrouver la vérité lointaine et profonde.

I. — Nombreux sont les auteurs, pour lesquels la cause ne correspond à rien [2]. Mais leur théorie ne trouve point place ici, en tant qu'elle consiste en une réduction qu'ils font de la cause à l'objet. Leur erreur ne se rattache pas au mouvement que nous rapportons. Ils sont conscients d'un rôle que doit jouer l'élément matériel, mais ils considèrent celui-ci sous son aspect d'objet, c'est à dire sous l'angle où précisément il ne saurait être créa-

(1) Cf. Planiol, *Traité*, t. II, p. 345, n. 1035 et suiv.

(2) V. en particul. Arbus, Artur, Azémar, Bartin, Baudry-Lacantinerie et Barde, Bourgeon, Brissaud, Ernst, Gauly, Huc, Laurent, Jean Perrin, Planiol, Séfériadés, Tarbouriech, Timbal, Titulesco.

teur de l'obligation : l'objet est la matière inerte de l'obligation, mais non son fondement actif. Il ne faut donc pas seulement opposer à la volonté l'*émolument* qui mérite aussi bien le nom d'objet que celui de cause, et qui ne permet que l'explication de M. Huc : « Il faudrait entendre par là le principe générateur de l'obligation, la circonstance qui fait qu'on est obligé, ce qui n'a aucune espèce de rapport avec le motif de la convention [1]. » Il faut encore distinguer, dans cet émolument, l'état statique qui est l'objet, et l'état dynamique qui est la cause. Comme l'explique très exactement Zachariæ : « Dans la cause, on considère les prestations des parties dans le rapport qu'elles ont entre elles. Dans l'objet, on considère chaque prestation à part et isolément [2]. »

II. — Si chez d'autres auteurs, la répudiation de la cause dérive de la réduction qu'ils en font à la volonté, c'est là un aboutissement si radical de la déformation que nous allons considérer, que l'on ne peut même plus retrouver en elle les arguments qui y ont conduit. L'inanité de la cause est devenue une évidence qui se traduit par une simple affirmation. Entre la cause et le motif, écrivent MM. Baudry-Lacantinerie et Barde, « il y a une étroite parenté, et par suite une assez grande similitude..... L'une et l'autre sont un mobile [3]. »

Afin d'apprécier cette doctrine, il faut dégager l'opinion de ceux qui, tout en admettant la cause, lui donnent un sens de plus en plus déformé, parce que de plus en plus *intellectualisé*. Cette intensité progressive de l'erreur conseille de la considérer sous trois phases, dont la succession historique apparaît comme le guide qui permet de remonter à la vérité.

III. — La conception la plus profondément éloignée de l'exac-

(1) *Comment. du C. civ.*, t. VII, p. 107. — V. aussi p. 121-122.
(2) *Le Droit civ. franç.*, t. III, note 2, p. 559-560.
(3) *Traité de droit civ. — Des obligat.*, t. I, p. 283.

titude première est la plus récente. Elle date de l'époque des tendances sociales et socialistes. Elle ne voit dans la cause que la traduction pratique de cette exigence générale qu'il faut, dans les relations juridiques, une certaine honnêteté, un minimum de moralité objective. Il semble que le raisonnement des auteurs [1] qui partagent cette manière de voir, est sensiblement le suivant. D'une part, nous sommes en présence du terme juridique de cause, auquel rien de précis ne correspond. D'autre part, nous sentons le besoin de concrétiser et de délimiter une conscience certaine, mais très vague, de l'équité. Pourquoi ne point réunir ces deux difficultés ? Pourquoi ne point les résoudre l'une par l'autre, et ne pas essayer concurremment de remplir ce cadre vide, et de préciser en insérant dans ses limites une notion non individualisée ? Et c'est alors, au lieu du sens profond de la cause, l'attribution qui lui est faite d'un sens arbitraire et injustifié. Elle devient la représentation toute relative d'une certaine protection individuelle, et plus encore d'une certaine protection sociale [2].

Elle est cette cause, dont M. Gounot dit que son « véritable sens est peut-être l'affirmation de la nécessaire subordination de la volonté contractuelle à la justice, ou même la reconnaissance de l'élément de fonction sociale inclus dans chaque manifestation juridique des droits individuels [3]. » Si, avec M. Duguit, une racine la rattache encore aux relations matérielles, et fait d'elle un « droit objectif », avec M. Bourgeois, elle appartient tout entière à l'idée morale ; elle est un devoir de « solidarité ».

Mais dès lors, la cause ne saurait plus être un élément créateur et constitutif de l'obligation ; elle est devenue un criterium de sa validité et de sa légitimité. C'est la confusion de la cause

(1) V. Duguit, *L'état, le droit objectif et la loi positive.* — Bourgeois, *Essai d'un philo. de la solidarité.* — Gounot, *op. cit.* — *V. infra*, p. 168 et suiv.
(2) Gounot, *op. cit.*, p. 349.
(3) Gounot, *op. cit.*, p. 24.

et de l'ordre public, en un mélange où l'on ne reconnaît nettement ni l'une ni l'autre. Cette justice sociale, c'est à tort qu'on la fait passer au premier plan dans un acte essentiellement individuel, comme l'est l'obligation née d'une activité privée ; son rôle doit être plus discret et tout négatif. Les opérations privées — le quasi-contrat et le contrat — n'ont pas pour mission de réaliser la justice sociale ; elles ont seulement pour limite de ne pas la contredire. La cause qui peut créer l'obligation est celle qui réalise un équilibre d'ordre, à la fois, individuel et quantitatif. Or, peut-on trouver dans cette théorie cette marque, fût-ce mélangée à cette autre donnée qu'elle ne devrait point contenir ? Il ne le semble pas. La nécessité individuelle est sacrifiée à la nécessité sociale ; et, dans la faible mesure où elle transparaît sous elle, elle découle d'un sentiment abstrait et général de la justice, beaucoup plus que de sa révélation concrète et précise sous la forme d'une cause réalisatrice de la compensation. Au total, la cause n'est plus rien, car elle est détachée du principe qui la rendait vivante, de la prestation.

IV. Avec une seconde doctrine, moins extrême, nous commençons à retrouver le souvenir agissant de celle-ci. Cependant, la cause est encore amoindrie ; elle l'est dans la mesure où s'est affaiblie l'importance attachée à la consistance de la chose, et la croyance en l'énergie qui peut dériver de son déplacement.

Chronologiquement, cette conception est antérieure à la précédente. Elle n'évoque plus le spiritualisme social, mais le spiritualisme individualiste qui l'a précédé. On ne soumet pas l'intérêt individuel à l'intérêt social, mais c'est déjà par un principe exclusivement intellectuel qu'on cherche à équilibrer entre eux les intérêts individuels. La cause n'a pas perdu sa qualité d'être une simple loi de la justice individuelle — c'est par là qu'elle a conservé son vrai sens —, mais elle a perdu son caractère de n'être que la mesure quantitative de l'obligation, totalement distincte de la volonté, qui en est la mesure qualitative.

Dans le désir de perfectionner et de spiritualiser le droit, on y a jeté la confusion, en faisant de la cause une donnée qui se rattache ainsi davantage au vouloir qu'à l'émolument. La cause et le motif auraient une origine semblable; ils sont tous deux des éléments intentionnels. « La cause... est au motif, écrit M. Alexandresco, ce que l'espèce est au genre [1]. » Sans doute, ce genre particulier d'une espèce commune tire son individualité de ce qu'il est plus objectif, plus quantitatif que le motif ordinaire; mais enfin, aucune différence spécifique ne l'en distingue; tout au contraire, on découvre, si l'on néglige les détails, que sa nature est la même. Et, à travers les définitions que l'on donne de la cause, nous voyons les audaces variables de la théorie et son effort, plus ou moins accusé, pour concilier, en les combinant, l'idée subjective et le fait objectif. M. Bufnoir fait comprendre ainsi ce qu'il entend par la cause : « Il faut, de plus, que l'obligation ait été contractée en vue d'un résultat que le législateur ait pu considérer comme motivant son intervention pour lui donner la sanction de l'autorité publique [2]. » Par là, il se rattache presque déjà à l'école de la mission sociale. Mais il ajoute, en devenant partisan de la cause privée et intellectuelle : « ... La cause est comme un élément *subjectif* qui vient compléter la volonté de celui qui s'oblige [3]. » Peut-on préciser davantage ce caractère prétendu de la cause de n'être pas une donnée objective ?

C'est alors tout un travail, dans le dessein difficile de préciser ce qu'est ce motif, qui est plus qu'un motif. Et la cause devient le « motif juridiquement suffisant » d'Aubry et Rau [4]; le « mobile immédiat, déterminant, juridiquement suffisant » de M. Dubreuil [5]; « le but immédiat et direct que le débiteur s'est proposé d'atteindre en s'obligeant » de Demante et Colmet de Santerre [6].

(1) *Du billet non causé*, p. 1.
(2) *Prop. et contrat*, p. 527.
(3) *Op. cit.*, p. 529.
(4) *Cours de droit civ. franç.*, t. IV, p. 545-546.
(5) *Des mobiles dans les contrats*, p. 12.
(6) *Cours analytiq. de C. civ.*, t. V, p. 55.

Réponses trop vagues au *cur debetur* d'Oudot, si elles ne précisent pas le domaine où chercher la réponse ; réponses erronées, si pour la déterminer, elles s'engagent dans la conception toute psychologique du « but immédiat », qui « est, en un mot, la cause finale de l'obligation elle-même[1]. »

Une analyse plus minutieuse montre mieux encore la fausseté de la direction suivie. Parmi les formules proposées, la définition la plus profonde semble être celle de MM. Colin et Capitant, qui expliquent ainsi la différence entre la *causa remota* et la *causa proxima :* « Le motif, disent-ils, c'est le mobile personnel à chaque individu, variable avec chaque contractant, qui a inspiré au débiteur le désir de s'obliger[2]. » C'est le « motif du contrat » dont parlent Aubry et Rau[3]. « La cause, c'est la raison immédiate, directe, toujours la même dans un contrat déterminé, qui a poussé le débiteur à s'obliger, étant donné qu'il a conclu tel contrat plutôt que tel autre[4]. » C'est le « motif de l'obligation » dont parlent Aubry et Rau[5].

Le commentaire ne détruit-il pas la définition ? Si MM. Colin et Capitant parlent de « raison immédiate » plutôt que de « but immédiat », n'est-ce là qu'un hasard de mots, ou n'est-ce pas plutôt le sentiment obscur que la force incluse dans la cause est plus quantitative que qualitative, plus objective que subjective ? Et si, sous les mots, on cherche à voir une réalité, le sens de cette « raison », et non plus de ce « but », ce ne peut être que la consistance matérielle de la prestation ou du fait qui forme l'assise de l'obligation. La « raison immédiate » est encore une donnée intellectuelle, mais cette donnée intellectuelle tend à être *l'appréciation d'une valeur matérielle*[6].

(1) Demolombe, *Traité des contrats.....*, t. I, p. 330.
(2) *Cours élément.*, t. II, p. 313.
(3) *Op. cit.*, § 345-c.
(4) Colin et Capitant, *Op. cit.*, p. 313.
(5) *Op. cit.*, p. 545-546.
(6) Cf. Ch. Beudant, *Cours de droit civ. franç. — Les contrats et les obligat.....*, p. 137.

La déformation de la cause, en s'atténuant, montre mieux à quoi elle est due : à la superposition faite au déplacement de valeur d'une opinion qui l'estime. De même que, tout à l'heure, la cause entendue comme un dérivé de l'équité sociale nous a paru une confusion faite entre elle et l'ordre public, la cause entendue comme un « but immédiat » nous paraît une confusion faite entre elle et la volonté.

V. — Et c'est encore là le vice de la troisième théorie que nous avons signalée, encore qu'elle le possède à un moindre degré. Nous parvenons, en effet, avec elle à un stade d'éloignement moindre de la cause matérielle. La cause est faite de deux parties, dont l'une seule est subjective, et l'autre, nécessairement objective. Elle est désormais, obligatoirement, l'appréciation d'un enrichissement[1]. La cause est bien ici, et pour la première fois, une donnée compensatoire, mais elle est cependant toujours une idée, l'idée précisément que la valeur économique qui accroît l'actif du débiteur compense l'accroissement de passif que constitue son obligation. « ... La cause de l'obligation d'une partie est la considération de l'avantage que l'autre partie procure à la première par l'effet d'une prestation qu'elle réalise ou d'une obligation qu'elle contracte[2]. » Elle est le trait d'union nécessaire entre la volonté purement psychologique et subjective, et l'objet purement matériel et objectif. C'est par elle que ces deux éléments se compénètrent pour former ce tout qu'est l'obligation. La cause ne peut pas être qu'une valeur économique ; il faut qu'elle soit une valeur économique, prise en considération par un débiteur qui s'oblige, sans quoi elle demeurerait extérieure à l'obligation, et ne saurait, par conséquent, pas l'expliquer.

Première erreur de ce système, dont la finesse semblait une garantie de justesse. Il est faux de dire que si la valeur incluse dans la cause n'est pas appréciée par la partie qui s'oblige, elle

(1) P. Colin, *Théorie de la cause*, p. 50-53.
(2) *Ibid.*, p. 68.

demeure extérieure à l'obligation[1]. Elle est seulement, par là, extérieure au débiteur, étrangère à la déformation qui résultera de sa préférence ou de son intérêt ; or, c'est ce qu'il importe qu'elle soit. Mais pour autant, elle n'est pas étrangère à l'obligation, car le raisonnement des parties n'est point le canal par lequel doit passer l'universalité des éléments qui créent l'obligation. L'obligation est, pour partie, le résultat d'une tendance subjective, et dans cette mesure, il convient qu'elle dérive d'une volonté ; mais elle est aussi, pour partie, le résultat d'une tendance objective, et dans cette mesure, il importe qu'elle soit totalement étrangère à toute opinion individuelle ; elle doit dériver d'une cause positive, par son caractère, et absolue, par son effet.

On nous répondra, sans doute, que la distinction peut paraître vraie en théorie, mais qu'en pratique, il n'en demeure pas moins évident que l'acte de volonté ne se produit pas en dehors de la cause et d'une appréciation portée sur sa consistance. Il y a là un intime mélange, dont le moins qu'on en puisse dire, c'est que la volonté paraîtra d'autant plus saine qu'elle aura tenu un compte plus judicieux de la cause.

C'est sous cette apparence de vérité que se cache la seconde erreur du système, conséquence logique de la première. En effet, dans la mesure où la cause est appréciée par la partie qui s'engage, elle dégénère de son rôle de cause en celui de simple motif[2]. En somme, la consistance matérielle d'une certaine prestation est l'*objet*, c'est à dire la matière de l'obligation, et rien de plus. Afin d'en devenir le fondement, une double action se dégage d'elle, par deux voies opposées, l'une indirecte, l'autre directe.

Ou bien, cette consistance est appréciée par la partie qui s'engage, et elle est alors un *motif*, et même un motif d'une influence prédominante — ce qui ne retire pas à la volonté son caractère strictement psychologique ; car les motifs qui l'influen-

(1) V. *infra :* IIIe partie, chap. I, Le rôle de la cause dans l'enrichissement indu.

(2) Cf Zachariæ, *Le droit civ. franç.*, t. III, p 559, note 1.

cent sont tous des jugements, mais quelques-uns de ces jugements sont l'appréciation de faits, tandis que la plupart sont l'appréciation de sentiments. — La consistance matérielle n'est alors qu'un fragment de la volonté, et c'est donc très indirectement qu'elle influence l'obligation. Ou bien, cette consistance agit directement et par un chemin propre sur l'obligation, et elle est alors la *cause*, c'est à dire un élément qui, immédiatemment, du fait de son passage d'un patrimoine dans un autre, acquiert une force active capable de susciter l'obligation.

Lorsque Primus s'oblige à payer 1.000 francs, son obligation dérive concurremment de *sa* volonté et de *la* cause. Dans sa volonté figure bien cette considération que s'il s'oblige à payer 1.000 fr., c'est parce qu'en échange il reçoit un cheval, qu'il estime valoir 1.000 francs. Mais ceci n'est qu'un motif; d'autres motifs jouent à côté de celui-là pour composer sa volonté. On ne peut donc songer à voir en lui un principe exclusif de l'obligation. Celle-ci n'a encore qu'une valeur relative, subjective et qualitative ; elle ne découle que de la valeur d'usage. Au contraire, le principe par lequel l'obligation est assise d'une façon absolue, objective et quantitative, c'est celui par lequel elle découle de la valeur d'échange, c'est à dire de la cause. De ce point de vue, Primus est obligé parce que le cheval qu'il reçoit, et qui a effectivement la valeur objective de 1.000 francs, pénétrant dans son patrimoine, crée, en soi, un appel compensatoire en faveur du patrimoine qui s'en est dépouillé.

Ainsi, étant parti d'un système extrême, nous sommes remonté vers celui qui n'avait cherché à apporter à la notion matérielle de cause qu'un perfectionnement intellectuel très discret. Mais pourtant, même cette formule ingénieuse et délicate : « La cause est l'appréciation intellectuelle d'un élément matériel », n'est pas admissible. Elle nous démontre, au contraire, qu'une combinaison est irrationnelle entre l'idée du but et le fait de l'enrichissement. A chacun il faut laisser son domaine. Le but soutient l'engagement; mais là où il s'agit de cause, il ne peut être

question que de la puissance d'un enrichissement, indépendamment de la valeur d'une opinion.

VI. — C'est une telle impression, mais trop timide encore, qui perce dans cette définition de M. Gauly : « La cause peut donc être définie le fait ou la qualité du créancier qui rend intelligible l'acte, par lequel le débiteur s'est obligé[1]. » Ce « rend intelligible » correspond trop encore à l'appréciation du débiteur, alors qu'il faut seulement retenir « le fait ou la qualité du créancier ». Il y a là une dernière hésitation qu'il faut vaincre. Il ne faut envisager que ce « profit d'une prestation actuelle ou future » dont parle Zachariæ[2].

Mais alors, ne faut-il pas en conclure que la cause est tout entière du domaine économique et nullement du domaine juridique, dans lequel son maintien serait un pur artifice ? Pas plus que nous n'avons conclu que la volonté est du domaine psychologique, à l'exclusion du domaine juridique.

Dans le dessein de définir la volonté juridique, nous avons été amené à reconnaître que, primitivement extérieure au droit, psychologique dans son essence, elle est une adaptation de cette donnée au milieu du droit, en vertu d'une certaine circonstance, d'une certitude, dérivant de sa déclaration. C'est une observation parallèle qui paraît devoir nous mettre en mesure de définir la cause. Elle, non plus, n'est pas un élément directement juridique ; avant que de posséder une certaine force, elle est faite d'une certaine matière : elle est économique dans son essence. C'est une circonstance postérieure, qui en fait un élément adapté au milieu du droit. Mais à l'encontre de la circonstance qui fait pénétrer la volonté de la philosophie dans le droit, celle qui fait d'une valeur économique une cause juridique n'a point pour caractéristique d'être une donnée d'ordre psychologique. Elle n'est pas une investiture donnée par l'esprit, mais par le fait, et

(1) *Rev. critique*, 1886, p. 51.
(2) *Le droit civ. franç.*, t. III, p. 559.

ce qui correspond à la déclaration d'une volonté n'est en rien l'appréciation d'un enrichissement. Cette circonstance est matérielle, comme le concept qu'elle affecte. La valeur surajoutée à la prestation, et qui la transforme en générateur de droit, c'est l'effort vers l'équivalence, c'est l'appel à la compensation créé par le déplacement de cette prestation d'un patrimoine qui s'en appauvrit vers un patrimoine qui s'en enrichit. Cette force s'insère dans la prestation, à la manière dont se fixe dans un ressort, éloigné de son point mort, une puissance de retour vers ce point, égale au travail qui l'en a écarté. « La cause est une *nécessité compensatoire incluse* dans une prestation ou dans un fait. »

En sorte que, de même que la volonté nous est apparue, dès sa définition, comme dérivant radicalement d'une conception psychologique, qui a une certaine qualité ; la cause nous paraît dériver radicalement d'un émolument matériel, d'une certaine quantité. Il importait de trouver sinon une formule unique qui pût caractériser, pour toute hypothèse, le jeu de la cause, du moins une conception unique, qui en révélât l'essence profonde. Comme nous serons appelé à le voir, pour elle, de même que pour la volonté, l'intensité de son action varie avec les types obligatoires, mais ainsi que nous allons le vérifier à présent, c'est un principe unique qui fonde sa force créatrice.

Section 2. — L'Énergie créatrice de la Cause

De même que pour la volonté c'est la *déclaration* qui importe en fait, mais qu'au fond, c'est seulement par un retour vers sa consistance psychologique interne qu'on découvre ce qui, en elle, est capable de créer l'obligation ; de même, pour la cause, c'est bien cette *nécessité* incluse dans la prestation qui la caractérise en fait, mais c'est, au fond, seulement par un retour vers sa consistance économique, qu'on découvre ce qui, en elle, est capable de fixer l'étendue de l'obligation. Cet appel vers la compensation, en quoi se résume le pouvoir de la cause, a, en effet, pour

intensité et pour mesure, l'importance quantitative de l'émolument, dont elle est faite. Une consistance quantitative suffisante de la prestation, voilà ce qui fait la cause juridique, comme un contenu qualitatif sain du vouloir a fait la volonté juridique. Et c'est la combinaison de ces deux données qui constitue le principe du lien obligatoire. Ainsi donc, la cause doit être, et elle doit être suffisante.

I. — Elle doit être. Elle doit avoir une autonomie. Distincte de la volonté qui ne l'englobe pas, elle est aussi distincte de la condition qui, psychologique et non matérielle, est proprement, comme nous l'avons vu, une volonté[1]. Le contrat aléatoire, où la confusion est plus aisée à faire, montre à l'évidence, que la cause diffère de la condition. L'obligation de l'assureur, par exemple, a, pour cause, le paiement des primes, et, pour condition, la réalisation du risque assuré.

La cause est distincte aussi de l'objet qui, lui, est bien matériel, mais qui, ainsi que nous l'avons montré[2], est précisément l'angle sous lequel la prestation est matière inerte, et non fondement actif de l'obligation. L'objet, pourrait-on dire, c'est l'appauvrissement du créancier ; la cause, c'est l'enrichissement du débiteur. Et cette observation nous fait réaliser un nouveau progrès dans la détermination de l'énergie active de la cause.

Il semble, en effet, insuffisant d'affirmer que la force créatrice de la cause dérive du déplacement de la valeur dont elle est faite. C'est le déplacement de valeur qui crée l'obligation, mais c'est le montant de la valeur déplacée qui en fixe l'étendue. Or, le déplacement de valeur, ayant une certaine durée dans le temps, la consistance de l'objet déplacé peut se modifier entre sa sortie du premier patrimoine et sa fixation dans le second. Le plus généralement il n'en sera rien, puisque le transfert de propriété est réalisé par le contrat lui-même ; mais la question apparaît,

(1) *Supra*, p. 110.
(2) *Supra*, p. 42 et suiv.

comme nous le verrons, dans le quasi-contrat[1]. Le sens intime de la cause ne permet aucun doute sur la réponse qu'il convient de faire : l'obligation a, pour mesure, la valeur fixée dans le patrimoine du débiteur, donc l'enrichissement de celui-ci, et non l'appauvrissement du créancier. C'est qu'il ne peut y avoir qu'une énergie créatrice : c'est celle que possède l'élément qui, parti du patrimoine qui s'appauvrit, atteint le patrimoine qui s'enrichit. Dans la mesure où l'appauvrissement est plus considérable que l'enrichissement, il y a, pour cette part, énergie perdue, dispersée. Pour reprendre la comparaison d'un ressort que l'on bande, il est évident que sa tendance de retour vers son état de repos, n'a pour intensité que celle qui découle de l'éloignement réel dont l'en sépare le point actuel où il est arrêté. Que la dépense d'énergie pour l'amener là ait été trop forte, il importe peu ; il ne tendra à compenser que la force qu'il a effectivement conservée.

En fait, d'ailleurs, la cause aura une certaine souplesse, que tend à accroître la légitime intervention de la volonté. Elle ne pose pas, comme nous allons le voir, la loi d'une stricte adéquation, mais simplement celle d'une suffisante équivalence ; et le montant de l'obligation peut être, dans une certaine mesure, supérieur au quantum de la cause. C'est ainsi également que le ressort libéré, qui revient à son point de départ, possède une lègère surabondance de force, et qu'une main habile pourrait, au cours de sa première et plus large oscillation, l'arrêter au delà de son but définitif.

II. — La nécessaire existence de la cause étant établie, il importe d'en distinguer nettement la question de sa révélation et de sa preuve, avec laquelle on arrive trop vite à la confondre.

C'est, en somme, sur la seule admissibilité du billet non causé, et non sur la question profonde de la réalité de la cause[2], que

(1) V. *infra*, III[e] partie.

(2) Gauly, *Revue critique*, 1886, p. 55. — Cf. art. 1132 C. civ.

portent les divergences entre les législations ou entre les auteurs.

La question de la nécessaire compensation de l'enrichissement recueilli n'est mise en doute par personne. Mais, de même que la plupart des contractants croient tout puissant leur vouloir et ont l'impression qu'ils sont obligés par la seule vertu de leur consentement — alors qu'ils le sont encore par la nécessité rationnelle de la cause; — il semble que les législations ou les auteurs qui ont réputation de rejeter la cause, n'ont fait qu'autoriser une soumission plus implicite à son exigence, moins individualisée [1].

Ils n'ont jamais ratifié le droit exorbitant de la volonté à dépasser librement les bornes de la justice objective.

Où trouver une différence profonde entre le droit français, le droit belge, le droit italien, le droit espagnol, d'une part, qui exigent la cause, et le droit anglais qui exige une *considération* [2], ou même le droit suisse qui retient aussi la cause sous le concept d'enrichissement [3], comme le fait également le droit allemand ? Et ce dernier, par l'avortement même de la tentative faite pour échapper au poids de la donnée d'enrichissement, témoigne nettement de l'incontestable nécessité de celle-ci.

Le droit allemand a connu l'erreur théorique, dont nous avons suivi le développement. Windscheid avait essayé de trouver dans la cause une donnée d'ordre subjectif, et il l'avait fait dévier vers « une prévision servant de but juridique [4] ». Sa conception ne devait pas apporter la lumière.

Le droit allemand connaît, à présent, la témérité du rejet, au moins possible, de la cause. Mais ce n'est qu'un rejet du mot, et non de la nécessité qu'elle enferme. Car, des deux voies qu'il

(1) V. Huc, *Comment..., du C. civ.*, t. VII, p. 122 et suiv.

(2) V. Esmein, *Nouv. Rev. hist.*, 1893, p. 557. « Toute convention est obligatoire, à condition qu'elle repose sur une considération, c'est à dire que la promesse ait pour contre-partie un avantage estimable en argent obtenu par le promettant ou un détriment pécuniaire subi par le stipulant et ayant un rapport direct avec la promesse. »

V. également Jenks, *Nouv. Rev. historiq.*, 1893.

(3) Art. 70 et suiv.

(4) V. Saleilles, *Th. génér. de l'oblig.*, p. 463, en note.

offre aux parties contractantes, si celles-ci, repoussant la minutieuse « déclaration de volonté », qui se prête à contenir non seulement la cause, mais encore les motifs, préfèrent se servir de l'acte abstrait, est-ce à dire que le vouloir a désormais toute liberté, en face de l'enrichissement définitivement négligé ? Non pas ; et le débiteur retrouvera l'ancienne *condictio sine causa*, élargie et devenue une *condictio ob rem*[1].

A-t-on, par là, assoupli et régénéré la traditionnelle conception de la cause ? On en a simplement diminué la valeur et détruit l'unité. Car, d'une part, on en a trop fait un recours secondaire, soumis à la volonté, qui en use à sa guise, alors qu'elle est un principe autonome de la création de l'obligation ; et, d'autre part, on a détruit l'unité de l'acte obligatoire d'ordre licite, puisqu'on a été conduit à opposer le quasi-contrat au contrat ; le premier, directement sanctionné par une pure donnée d'enrichissement ; le second, relevant principalement de la volonté et trouvant, le plus normalement, sa garantie objective dans cet art. 138 C. civ. all. qui mélange ce que nous distinguons sous le concept de cause et sous celui d'ordre public. Et pourtant, quasi-contrat et contrat ne sont-ils pas faits des mêmes éléments de cause et de volonté, et différents seulement par la proportion dans laquelle ceux-ci se combinent[2].

Ainsi, sous l'action même de cette conception qui voulait la bannir, se trouve renforcée cette nécessité incluse dans la valeur déplacée, entendue ou appliquée de manières différentes, en des efforts qui ne parviennent pas à détruire ou à modifier sa portée première de cause. Il faut donner pour conclusion à cette construction du droit allemand le jugement que porte sur elle M. Saleilles : « Comme on le voit, c'est toute la théorie de la cause en matière d'actes juridiques, qui surgit, en quelque sorte, sous

(1) Art. 748-812-817, C. civ. all. V. aussi SALEILLES, *op. cit.*
(2) V. *infra*, III[e] partie.

cette forme nouvelle. On a beau la déclarer inutile, on ne peut l'éviter...[1] » Et lorsqu'il ajoute : « ... soit qu'elle s'élève, comme chez nous, au point de vue de la validité de l'acte, soit qu'elle se présente, comme en Allemagne et comme dans le droit romain, sur le terrain de l'action en répétition pour enrichissement sans cause[2] », cette concession ne définit que des adaptations passagères d'une seule vérité rationnelle. La validité, ou mieux, l'existence de l'obligation, et l'action en répétition de l'indu sont les deux faces inverses d'une même base logique : l'appel compensatoire possédé par un émolument qui, sortant d'un patrimoine qu'il appauvrit, pénètre dans un patrimoine qu'il enrichit ; c'est le principe même de cause.

III. — Mais, avons-nous dit, la force génératrice dérive non seulement d'une cause qui est, mais d'une cause qui est suffisante. L'obligation existe parce qu'elle a une cause, et dans la mesure de la consistance de cette cause, exprimée par l'enrichissement du débiteur. Il semblerait que, dans ce domaine, où la stricte exactitude est possible, une formule catégorique pût parer à toute difficulté : La consistance quantitative de l'obligation doit être mathématiquement égale à la valeur de la cause qui en est le fondement.

Il faut, au contraire, reconnaître, à la lumière des faits et des tendances, que la force incluse dans la cause n'est pas une force rigoureusement précise. L'action débordante du spiritualisme sur le pur matérialisme attaque par deux côtés cette loi de l'équivalence.

Tout d'abord, c'est la matière même de la cause qui va, se modifiant. Ce que contiennent les actes juridiques, ce ne sont plus aussi exclusivement que par le passé, des compensations de prestations, c'est à dire des équilibres entre deux choses, comme

(1) *Th. génér. de l'oblig.*, p. 461, note 2.
(2) *Ibid.*

dans l'échange, ou entre une chose et une somme d'argent — cette chose qui sert d'unité de mesure — comme dans la vente; ce ne sont plus des traductions de valeurs. Ce sont, de plus en plus souvent, des compensations d'activités, c'est à dire des équilibres entre deux faits, ou entre un fait et une somme d'argent; ce sont des traductions d'intérêts. Ceci, d'ailleurs, ne détruit pas notre affirmation que la cause est pure affaire de quantité. Car cet intérêt, la cause l'accueille par sa seule valeur d'échange; il demeure seulement que l'expression de cette valeur d'échange est plus délicate, parce que son contenu est moins précis. L'opération d'un grand chirurgien, beaucoup moins que la vente d'une maison, permet de définir la cause suffisante de l'obligation qui lui est consécutive. Le criterium tend à devenir vague et tout négatif : La cause suffisante est celle qui ne s'éloigne pas d'une façon choquante de la valeur moyenne, qu'en l'état actuel, possède objectivement le fait envisagé. N'est-ce pas là, la mise en œuvre du principe posé par d'Aguesseau, et précisé autant qu'il est possible : « Quoiqu'un acte ou un engagement ait une cause, si cependant l'effet qu'on lui donne, est plus étendu que la cause, tout ce qui excède cette proportion, prise... dans une certaine latitude morale, est vicieux parce qu'il est véritablement sans cause [1]. »

IV. — Mais, ainsi que nous l'avons dit, c'est encore par une autre voie que le principe de la cause suffisante subit un élargissement. Ici, ce n'est plus la consistance même de la cause qui varie, — elle est une prestation purement matérielle — mais, ce qui change c'est le sens de la nécessité qui est incluse en elle. Ce n'est plus la signification de la valeur d'échange qui devient plus malaisée à découvrir, c'est son domaine qui devient plus difficile à délimiter, parce qu'il se confond avec celui de la valeur d'usage. Le problème du criterium de la cause suffisante se pose, dès lors,

(1) *Œuvres complètes*, t. XIII, p. 524. — V. aussi Portalis, *Locré*, t. XIV, p. 76 et suiv., 164 et suiv.

en ces termes : Alors que la valeur objective et absolue de la cause peut être exprimée rigoureusement, convient-il d'exiger que le quantum de l'obligation lui soit minutieusement adéquat? Et cette question se pose, bien entendu, sur le pur terrain de la cause, et non sur celui de la volonté, où nous savons que l'intérêt subjectif — c'est à dire la valeur d'usage individualisée — permet un certain flottement dans la fixation du contenu de l'obligation. Il semblerait donc, a priori, que l'affirmative ne puisse faire de doute. Mais pourtant, ici encore, quoique dans une limite moindre, il faut décider que « cause suffisante » ne signifie pas « équilibre idéal ». Il y a des circonstances objectives, un peu lointaines, comme la rareté de l'objet ou le besoin qu'on en a, qui ne pénètrent que superficiellement la cause, et qui ont cependant une influence décisive sur l'obligation, sur le prix, tel que l'établit la loi de l'offre et de la demande. Le contenu de l'équivalence doit donc être large et un peu imprécis. Mais ceci fait aussi comprendre qu'il est, à l'inverse, une limite nécessaire à la spéculation. Un criterium y pourvoira, qui sera d'ordre positif : Le montant de la cause doit être sensiblement égal au montant de l'obligation. Deux hypothèses en sont l'évidente application : la lésion et l'usure.

V. — Ce sont là, en effet, deux cas dans lesquels l'obligation est exagérée par rapport à la cause ; dans lesquels, par conséquent, la cause est insuffisante. La lésion possède ce caractère au même titre que l'usure, en dépit de son traditionnel et injustifiable rattachement aux vices du consentement. Il ne faut pas simplement s'en tenir à la formule de M. Hayem : « Nous sommes donc autorisés à dire que la lésion n'est pas un des vices du consentement, mais que le législateur a voulu qu'elle soit la marque matérielle d'un de ces vices [1]. » La lésion capable de vicier l'obligation ne le fait pas plus par l'intermédiaire de la

(1) *De l'idée de lésion*, p. 94.

volonté, comme marque matérielle d'un vice de cette volonté, que par l'intermédiaire de l'ordre public, comme marque d'une incorrection sociale. Elle attaque l'acte par elle-même, en révélant le déséquilibre entre la consistance de la cause et l'étendue de l'obligation [1]. C'est donc en découvrant le degré à partir duquel l'exagération de l'obligation commence, qu'on peut déterminer, a contrario, jusqu'à quelle limite la cause est une cause suffisante.

La cause, principe de justice objective dans l'obligation, apparaît de plus en plus comme refoulée et étouffée par la double action envahissante de la volonté, principe de justice subjective, et de l'ordre public, principe de justice sociale. Dans quelle mesure doit-elle constituer une barrière à ce développement de l'intérêt privé et de l'intérêt collectif ? Et partant, jusqu'à quel point doit-elle être, par elle-même, et par elle seule, déterminatrice du montant de l'obligation ? C'est précisément le domaine respectif de la volonté et de l'ordre public qui déterminent celui de la cause, au sein duquel jouera avec indépendance l'idée de « suffisance ». L'existence de l'obligation est sanctionnée par le principe des vices du consentement, si ce n'est pas une volonté saine qui s'est manifestée ; et par le principe de l'atteinte à l'ordre public, si n'apparaît pas en elle une soumission minima à la moralité juridique. Mais, entre l'obligation qui est inconsistante parce qu'elle est un acte vicié et celle qui est inefficace parce qu'elle est un acte malhonnête, il faut qu'il y ait place pour l'obligation qui est inconsistante parce qu'elle est objectivement exagérée, encore que, par ailleurs, elle soit subjectivement et socialement parfaite. C'est l'hypothèse de la lésion qui ne doit être dans l'obligation qu'une application particulière du principe de cause suffisante [2].

(1) V. Périn, *De la lésion...*, p. 106 à 128.

(2) Nous parlons ici de la lésion du majeur. La lésion du mineur se rattache à la volonté, si elle est une incapacité naturelle ; à l'ordre public, si elle est une incapacité légale ; à la cause, si elle découle du principe : *Restituitur minor, non tanquam minor, sed tanquam læsus.*

Or, si l'action de la cause n'est pas toujours identique à elle-même, et si elle s'atténue à mesure que les obligations sont de moins en moins quantitatives, et de plus en plus qualitatives [1], ce qui précisément varie, c'est la mesure de la suffisance de la cause. Elle marque, selon les hypothèses, une inflexion ou un relèvement, sans, du reste, se stabiliser jamais à un étiage précis. En sorte que, même la lésion — cette hypothèse typique de cause insuffisante — ne permet cependant de poser de la cause suffisante qu'un criterium, positif sans doute, mais forcément large : L'étendue quantitative de l'obligation doit correspondre d'une façon d'autant plus exacte à la valeur objective de la prestation ou du fait qui est à sa base, que cette adéquation est plus normale dans l'opération envisagée.

Des adaptations particulières, plus précises, de cette formule seront possibles et pratiques en droit positif, à la façon de celles que le Code civil a établies en matière de vente [2] et de société [3], et aussi dans ces hypothèses où l'idée de cause déborde le champ de l'obligation, comme il arrive pour le partage [4] ou pour l'acceptation de succession [5].

Mais de tels barêmes seraient peu désirables, et finalement inadmissibles, à mesure que l'on passe des obligations essentiellement quantitatives, comme celles qui résultent des quasi-contrats et des contrats à titre onéreux, aux obligations essentiellement qualitatives, comme celles qui résultent des contrats aléatoires et des contrats à titre gratuit.

La lésion n'est donc pas un principe autonome. La cause suffisante jouera aussi bien en matière mobilière qu'en matière immobilière, aussi bien à l'égard de l'acheteur que du vendeur. La lésion n'est qu'une révélation de la cause insuffisante, dans des

(1) V. *infra*, III[e] partie.
(2) Art. 1674 C. civ.
(3) Art. 1854 C. civ.
(4) Art. 887 C. civ.
(5) Art. 783 C. civ.

cas où, exceptionnellement, cette insuffisance peut être fixée avec précision.

VI. — C'est un rôle rationnel exactement semblable que possède l'usure. Elle non plus n'est pas une théorie particulière; elle n'est qu'une application spéciale. La seule question qui puisse se poser est donc de savoir si elle permet d'apporter, pour le cas qu'elle vise, une précision plus grande au criterium général ? On peut d'autant plus l'espérer que le domaine de l'argent est essentiellement le domaine de l'évaluation exacte.

Et pourtant, à le considérer de plus près, il apparaît que l'argent n'échappe pas à la difficulté qui s'oppose à la fixation précise de la valeur de n'importe quelle chose. Car, du seul point de vue de la valeur d'échange, chaque marchandise possède une étendue matérielle qui, elle, est assez facilement estimable, mais aussi une puissance d'accroissement contenue dans cette consistance, et dont l'évaluation est difficile. Cette force, considérée spécialement dans la somme d'argent a, tour à tour, été niée par les canonistes, admise par les civilistes, qui la jugent restreinte, reconnue largement par les commercialistes, qui la supposent illimitée.

Ce ne sont point là des différences que l'époque seule explique. C'est bien le témoignage de l'imprécision radicale qui domine le sens de la cause suffisante. L'énergie créatrice de la cause est composée, à la fois, de la valeur qu'a la matière dont la chose est faite, et du pouvoir qui se dégage de cette matière. La puissance obligatoire d'une prestation en argent est donc faite de la valeur de la somme payée, et du crédit qui y est attaché. Tel est le contenu complet de la valeur d'échange.

Mais elle-même n'est-elle pas qu'une *valeur d'usage sociale,* qui la différencie moins catégoriquement de la *valeur d'usage subjective,* en sorte que la valeur totale d'une chose est un tout infiniment complexe ? « La valeur de chaque chose, a dit d'Aguesseau, n'est que l'estimation de son utilité, comparée avec celle des

choses que l'on donne en échange, à proportion des usages qu'elles produisent et du besoin qu'on en a[1]. » Cette observation n'est que le commentaire de la cause suffisante, c'est à dire de la cause, dont la puissance de compensation dans une opération donnée, explique assez parfaitement l'étendue objective de l'obligation. L'usure, comme la lésion, ne doit être qu'une application précisée de cette conception, dans un domaine où, exceptionnellement, le droit positif peut prétendre à le faire [2].

VII. — Il ne faut pas, au surplus, exagérer le danger qui peut paraître provenir de cette impossibilité habituelle de trouver dans une délimitation préfixe du contenu de la cause, une borne sûre aux prétentions probables de la volonté et de l'ordre public.

L'indépendance de ces derniers devient la libre concurrence, ce régulateur très sensible des prétentions et des nécessités effectives. Et, pour la pure philosophie du droit, cette impossibilité de fournir un criterium précis est, plutôt qu'une défaite, une preuve de la clairvoyance de son effort, car la formule abstraite, qui révèle une donnée concrète, ne doit être qu'une directive, qu'un sentiment, bien plus qu'un principe ou qu'une loi.

L'art. 138 C. civ. all., qui a été très admiré, n'aboutit pas à une formule plus précise, quand il nous parle d'une disproportion jugée choquante, d'après les circonstances.

Ce qu'il faut déterminer, c'est plutôt à partir de quel moment la cause est insuffisante, que jusqu'à quel degré elle est suffisante. Mais à cela précisément on arrive par l'impression de cette sorte de valeur morale, qu'elle n'a point mission d'avoir, mais que cependant, elle a, et qui éclaire le sens objectif qu'elle a seul mission d'avoir. Et cette phrase si belle de Cicéron est comme la métaphysique de la cause, à côté du positif *suum cuique tribuere*,

(1) T. XIII. *Comm. des actions*, p. 517.

(2) V. Bentham, *Défense de l'usure*, p. 521. — L'art. 138 C. civ. all., lorsqu'il parle d'une « disproportion choquante » entre les prestations — conception identique à celle de la cause — vise directement l'usure.

qui en est la logique : « *Detrahere igitur alteri aliquid et hominem hominis incommodo suum commodum augere, magis est contra naturam, quam mors, quam paupertas, quam dolor, quam cætera quæ possunt aut corpori accidere aut rebus externis* [1] ».

Mais la fixation de l'énergie de la cause, nettement pressentie, ne se dessine pratiquement que par son jeu, qui ne doit apporter dans l'obligation qu'une influence tout objective et quantitative.

Section 3. — Le Rôle et la Limite de la Cause

La cause est la nécessité compensatoire qui se dégage d'un enrichissement d'une consistance suffisante. C'est pourquoi le principe matériel de l'obligation doit être exprimé par le concept juridique de cause et non par le simple concept économique d'enrichissement. Le rôle et la limite de la cause sont fixés par cette énergie découlant d'un transport de valeur : sa mission est objective et quantitative et ne peut être que cela.

De par son caractère objectif, la cause doit s'arrêter devant ce qui est d'ordre subjectif : elle n'intéresse que le patrimoine et non la personne. De par son caractère quantitatif, elle doit s'arrêter devant ce qui est d'ordre qualitatif : elle exprime l'équilibre des patrimoines et non l'indépendance des personnes.

I. — Et tout d'abord, elle est la loi qui gouverne la consistance du patrimoine intéressé dans une obligation. Indépendante des désirs des personnes, qu'elle doit ignorer, elle équilibre les prétentions des patrimoines et établit entre eux de justes compensations.

Mais cette exigence tout objective, consécutive à un déséquilibre entre deux patrimoines — ce qui est l'hypothèse même de l'obligation — peut sembler évoluer vers un perfectionnement d'ordre subjectif, du fait que, de plus en plus, le contenu d'un

(1) *De officiis*, L. III, v.

patrimoine est composé non seulement de valeurs, mais encore d'intérêts.

Cette opinion serait cependant exagérée ; et, dans la mesure où l'intérêt est plus subjectif qu'objectif, il échappe à la cause, pour passer sous la direction de la volonté, en une dissociation, dont nous avons essayé précédemment de montrer le mécanisme [1]. Ceci nous achemine à conclure, comme nous le vérifierons plus complètement [2], qu'en présence d'une série d'obligations de moins en moins matérielles dans leur principe, le rôle de la cause, est de moins en moins accusé. Domat qui a eu de la cause une idée fort exacte ne s'y est pas mépris ; et plutôt que d'en donner une définition unique, il a montré — ce qui était plus aisé et plus logique — dans quelles sortes d'obligations elle joue. C'est ainsi qu'il la trouve dans le contrat à titre onéreux, et qu'il ne la trouve plus dans le contrat à titre gratuit [3].

En tentant de découvrir de la cause une conception unique, qui n'est point proprement une définition unique, car elle ne cherche qu'à en poser l'essence et non à en immobiliser la changeante intégralité, nous sommes resté dans cette même voie. Et maintenant que nous passons du principe à son application, nous vérifions cette conception même. Car, voir dans la cause une nécessité objective produite par un enrichissement matériel suffisant, c'est limiter son rôle à l'intensité effective de cet enrichissement. Et pour autant qu'il faut élargir le contenu possible de la cause et accueillir le fait aussi bien que la prestation, il n'en subsiste pas moins que son rôle se déplace entre deux extrêmes qui sont son exclusivisme et son inexistence.

Dans l'enrichissement indu, la cause est omnipotente. Dans le contrat à titre onéreux, elle est puissante encore ; elle repose toujours sur une prestation ou sur un fait qui a une valeur matérielle et objective ; cependant, son pouvoir tend à s'atténuer,

(1) *Supra*, p. 131 et suiv.
(2) *Infra*, III[e] partie.
(3) *Lois civ.*, L. I., t. I, sect. 1, 5 et suiv.

en présence de la volonté qui monte. Elle n'est plus dans le louage de choses ce qu'elle était dans le dépôt ; elle n'est plus dans le louage de services ce qu'elle était dans le louage de choses ; elle n'est plus dans le contrat de travail ce qu'elle était dans le louage de services. Et dans l'engagement par volonté unilatérale, elle est moins encore que dans la convention. Mais si nous passons au contrat à titre gratuit, son rôle achève sa décroissance, et finalement disparaît. C'est que cela seul qui, en lui, pourrait servir de support à la cause, n'est plus une prestation, et n'est plus même un fait ; ce n'est plus qu'un intérêt. Parfois encore, cet intérêt aura une base objective : il dérivera d'une situation matérielle. En ce cas, du reste, l'opération n'est pas intégralement à titre gratuit, mais partiellement seulement. C'est la donation qui récompense des services antérieurs ; c'est celle qui atténue une misère. Dans le premier cas, il y a encore un rapport objectif, individualisé, entre les deux patrimoines. Dans le second, il n'y a plus à vrai dire, entre eux, qu'un rapport objectif d'ordre général. Et ce déséquilibre non individualisé, non localisé, pourrait-on dire, qui existe entre le patrimoine qui a un actif surabondant et celui qui se résout en un perpétuel passif, est, sans doute, le dernier et fragile appui qui permette de découvrir la silhouette d'une cause.

Au-delà, nous atteignons l'acte de pure libéralité, celui qui a pour base une situation morale, ou même moins encore au point de vue objectif : une simple considération intellectuelle. La fondation d'un prix littéraire en est un exemple très accusé. La raison de l'obligation est tout entière subjective. Elle est totalement détachée d'une cause, car il n'émane rien du créancier qui vienne enrichir le débiteur. Elle est totalement rattachée à une opinion préexistante chez celui-ci et qui devient un engagement absolument indépendant, non seulement dans sa source, mais dans son étendue. L'ultime vestige d'une force, prenant point d'appui sur le créancier, est la situation dans laquelle il se trouve, et qui provoque l'engagement du donateur. Mais cet

état latent n'est, en rien, un appauvrissement générateur d'un déséquilibre ; il est, par conséquent, sans valeur objective de cause ; il n'a que l'influence toute subjective d'un motif. L'affirmation de Bigot de Préameneu : « Il n'y a point d'obligation sans cause : elle est dans l'intérêt réciproque des parties ou dans la bienfaisance de l'une d'elles [1] » introduit dans notre droit l'injustifiable confusion de l'intention libérale et de la cause. L'intention libérale, élément déterminant de la volonté, est en soi un motif et un motif qui repousse catégoriquement l'appui d'une cause. Elle est essentiellement un fragment de la volonté [2].

II. — Telle est la première fixation du rôle et de la limite de la cause : sa mission est purement objective. Un complément logique apporte une nouvelle précision : elle ne règle qu'une pure question de quantité.

Cette idée se déduit très normalement du principe de la cause, si on lui a laissé son exactitude foncière. Mais nous avons vu son sens dévier vers une conception intellectuelle, jusqu'à devenir un « but immédiat », ou au moins « une appréciation » de la valeur matérielle d'une prestation, au lieu d'être cette valeur matérielle même, considérée comme agissante. Et le rôle de la cause s'est déformé, comme le principe qui la résume. Elle a moins eu pour mission de fixer le juste quantitatif par son criterium « d'inexistence » ou « d'insuffisance », que de fixer ou de contribuer à fixer le juste qualitatif, par un criterium de la « fausseté » et de l' « illicéité ».

Principes absolument étrangers à l'idée de cause, et qui révèlent une conception, que M. Josserand ne craint pas de qualifier de « singulièrement étroite, artificielle et grossière [3]. »

De la fausse cause, il est trop simple de montrer l'inanité.

(1) *Présentat. au Corps législatif du titre des contrats ou des obligat. convent. en génér.* FENET, t. XIII, p. 228.

(2) *Infra.* III[e] partie, ch. v.

(3) *De l'abus des droits*, p. 33.

C'est une cause qui, d'ordinaire, a existé, mais qui n'existe plus. Elle n'est qu'une apparence, et c'est par erreur qu'une partie croit à sa réalité. En sorte que, si l'on attaque l'obligation en vertu de cette erreur, c'est au concept de volonté qu'on se réfère; et si on l'attaque en vertu de cette apparence, c'est bien au concept de cause qu'on se réfère, mais parce qu'il y a inexistence de la cause. La « fausse cause » n'a pas d'individualité.

III. — Le rapprochement fait entre la notion de cause et l'idée de licéïté est également irrationnel. La licéïté est, en effet, le minimum de moralité que doit accueillir directement le droit, parce qu'elle est élémentaire et que, pourtant, elle échappe à la justice, c'est à dire, en matière d'obligations, à la volonté et à la cause.

On nous objectera que le rapprochement de la notion de cause et de l'idée de licéïté est traditionnel et plus ancien même que la constitution définitive de ces concepts. Le droit Romain a connu une *condictio ob turpem vel injustam causam*, à côté de la *condictio sine causa*. Mais, cette première et apparente confusion n'équivaut pas à une justification. Les *condictiones* n'avaient, entre elles, d'autre ressemblance que de constituer des types semblables d'actions et sans qu'il soit préjugé de leur principe et de leur mission.

La question de licéïté ne se réfère pas davantage à la volonté, encore que l'on puisse dire aussi que les Romains l'ont rapprochée du dol. Mais il n'y a pas plus de motifs illicites en droit, qu'il n'y a de causes illicites, et de telles qualifications sont impropres. Il y a, d'une part, des causes non suffisantes et des volontés non saines; et ces éléments atteignent l'obligation dans son existence. Et il y a, d'autre part, des illicéïtés juridiques qui tombent sous le coup de l'ordre public, et qui atteignent, comme nous le verrons, l'obligation dans sa validité [1]. Ce sont là trois domaines strictement étrangers les uns aux autres.

L'illicéïté qui se superpose à un défaut de la cause ou de la

(1) V. *infra*, Ch. III.

volonté est pratiquement indifférente, car l'obligation est déjà plus profondément atteinte. C'est ainsi, par exemple, que l'obligation contractée par Primus de payer une certaine somme à Secundus pour obtenir restitution du dépôt qu'il lui avait fait, n'est pas caduque parce qu'illicite, mais nulle, en vertu de l'inexistence de la cause.

A l'inverse, l'illicéïté qui existe seule, et sans qu'il y ait, par ailleurs, vice de la cause ou de la volonté, atteint directement l'obligation, mais dans sa seule validité. C'est ainsi, par exemple, que l'achat d'une maison de tolérance constitue une obligation qui, sans être nulle si la cause est suffisante et la volonté saine, est caduque parce que réalisant une atteinte au principe de moralité, tel que le définit l'ordre public.

L'énergie créatrice de la volonté vient de la correction interne d'un engagement, et non de la moralité d'un but. Mais il y a une certaine connexité entre le vouloir et la licéïté : tous deux sont des éléments qualitatifs, et leur superposition serait une erreur qui s'explique. Au contraire, l'énergie créatrice de la cause vient du déplacement d'un émolument, et l'on ne conçoit pas qu'elle puisse venir de la moralité de cet émolument. La cause est un élément quantitatif, et l'erreur est radicale à lui donner pour criterium cette licéïté toute qualitative.

C'est pourtant ce que fait l'art. 1133 C. civ. qui, à la fois, détruit l'individualité du concept d'ordre public, en lui retirant un principe qui lui appartient, et n'arrive pas à établir l'individualité du concept de cause, parce qu'il réunit en lui, sans esprit de cohésion, des idées hétérogènes [1]. De la cause du Code civil, on peut dire dans quels cas elle est inefficace, mais non quel est le principe de son efficacité.

S'il était besoin d'une nouvelle preuve de l'antinomie qui existe entre le principe de cause et l'idée de licéïté, nous la trouverions dans cette constatation que celle-ci est appelée bien sou-

(1) V. Tissier, *Rev. bourguign.*, 1903, p. 192 et suiv.

vent à jouer dans le type obligatoire qui, précisément, n'est point soutenu par la cause : le contrat à titre gratuit. S'il convient d'annuler la donation faite à un enfant adultérin, ou celle faite à un concubin pour prix de la cessation de relations immorales, comment prétendre que c'est en se fondant sur le caractère illicite d'une cause, qui n'existe pas ? L'attachement à cette manière de voir ne peut s'expliquer que par le détour qui fait revenir à la confusion de la cause et du motif [1]. Mais cet appui lui-même, pour être devenu plus logique n'en est, peut-être, guère plus sûr, puisque nous voyons M. Bartin, par exemple, partisan, cependant, de la cause-intention libérale, repousser la théorie de la cause illicite [2]. Comment en irait-il différemment de nous, qui voyons dans la cause une pure affaire de quantité ?

Sans doute, on fait aussi de nombreuses applications de la cause illicite sur le terrain du contrat à titre onéreux, comme en matière de contre-lettres, de conventions avec des agences matrimoniales, etc... où joue bien la théorie de la cause. Mais s'il ne s'ajoute plus une impossibilité de fait à l'impossibité rationnelle qui interdit de réunir la licéïté à la cause, cette impossibilité rationnelle subsiste avec les raisons profondes que nous avons données tout d'abord. Alors même que la cause repose sur un fait et non sur une prestation, c'est à dire sur un élément moins intégralement quantitatif, puisque celui-ci ne constitue la cause qu'en tant qu'il a cependant une valeur quantitative, la licéïté ne peut se modeler sur lui. L'obligation de payer un certain prix qui a pour cause l'accomplissement d'un crime, par exemple, n'est pas attaquable en vertu de la cause si celle-ci correspond assez adéquatement au service envisagé. La cause n'est, en tout cas, que la base d'appréciation d'un équilibre, et un équilibre peut bien être plus ou moins exact ; il ne peut pas être plus ou moins moral. La licéïté est indépendante, et n'appartient pas aux éléments créateurs de l'obligation, qui n'ont pas charge de la con-

(1) *S. 96*, I, 289. — V. Japiot, *Des nullités...*, p. 232.
(2) *Théorie des conditions...*, p. 369.

tenir. Elle est quelque chose de secondaire déjà, au regard des purs principes de l'obligation, un produit surajouté du droit positif, c'est à dire d'une certaine civilisation. Et il apparaît ainsi, en particulier, que la maxime : *Nemo auditur turpitudinem suam allegans* ne doit avoir pour conséquence que d'enrayer les effets pratiques d'une obligation non valable en vertu de l'ordre public, mais en laissant jouer le principe fondamental de justice qu'est la cause, et en permettant, spécialement, le retour des prestations dans les patrimoines qui sont fondés à les détenir, selon la règle de l'enrichissement indu.

IV. — Ainsi, l'erreur contenue dans ces deux théories de la fausse cause et de la cause illicite renforce-t-elle encore notre croyance en ce qui nous paraît être le sens vrai et le rôle exact de la cause. Matérielle dans sa source et dans son effet, c'est sa source seule qui a été élargie de la prestation jusqu'au fait, tandis que son effet demeurait strictement résumé dans son double attribut foncier : objectif et quantitatif. La cause est un service aussi bien qu'une chose, et l'obligation qui en découle est aussi bien un salaire, au sens le plus large du mot, qu'un paiement. Ceci n'atteint point son essence, et rend seulement plus souple, mais plus délicate, sa réalisation, sa transformation en la rémunération de l'avocat ou de l'artiste. Son rôle s'atténue au point d'être presque nul dans les obligations qui, bien que quantitatives encore, s'accommodent mal de dériver d'une situation plutôt que d'une idée. C'est de quoi nous fournira l'exemple le contrat d'adhésion ou le contrat aléatoire [1]. C'est dans cette région qu'est située la limite qui sépare les obligations surtout causales des obligations surtout volontaires dont la légitimité doit découler de vouloirs plus intégralement parfaits. Et de même que nous avons trouvé pour terme extrême de la volonté la prétention qui se dégage légitimement de la cause, réciproquement nous voyons

(1) V. *Infra*. III[e] partie, ch. IV.

que la cause doit s'arrêter au point à partir duquel la volonté est, à bon droit, agissante.

C'est vraiment de leur intime concours, toujours identique au fond, et infiniment varié dans ses révélations, que naît l'obligation ; et c'est par lui qu'elle s'explique et se justifie. Sans l'élément subjectif de la volonté, sans intérêt particulier, il n'y aurait pas d'opérations juridiques, car il n'y aurait pas lieu d'échanger deux valeurs sensiblement égales. Mais sans l'élément objectif de la cause, il n'y aurait que des compensations injustes, établies en proportion de la force des volontés.

Mais, parce qu'en même temps qu'objective, elle est quantitative, la cause est une première et fragmentaire réalisation de la justice. Elle mérite à elle seule la définition, dans laquelle M. Léon Bourgeois enferme, un peu à l'étroit, la justice tout entière : « ... Elle consiste essentiellement en un rapport d'équivalence entre des services échangés [1] ».

Et, d'autre part, la volonté, en même temps qu'elle est subjective est aussi qualitative ; et, par là, elle achève la justice. Elle peut prétendre à la rendre absolue, dans la mesure où elle dérive d'une pure conception de conscience ; et, pour le moins, elle ne croit pas que, nécessairement, selon le mot de Montaigne : « Le proufit de l'un est le dommaige de l'autre. »

Sous l'action de leur réel contenu interne, c'est vers la justice que s'élèvent parallèlement la volonté, en partant d'un sentiment tout subjectif, et la cause, en partant d'une raison tout objective.

L'ordre public va ajouter à l'obligation, rationnellement constituée dans son essence profonde et dans son but individuel, le principe, plus relatif, mais pratiquement indispensable, de sa conformité à l'ambiance juridique du lieu et du moment, base de l'intérêt général.

(1) *Essai d'une philosophie de la solidarité*, 3ᵉ confér., p. 78.

V. — Mais au lieu qu'en achevant d'étudier la volonté, nous nous plaisions à constater, en dépit de divergences de détail, la reconnaissance faite par notre droit de son sens intime, il nous faut regretter que notre Code civil n'ait pas donné à la cause son sens rationnellement exact. La jurisprudence a accentué encore la conception légale, et, dans la large application qu'elle fait de la cause, elle témoigne beaucoup plus d'un effort vers une réalisation de la moralité sociale, que vers un équilibre entre les consistances de patrimoines individuels [1].

Et pourtant, il convient de se souvenir que Portalis, parlant devant le Corps législatif, a pu lui rappeler en ces termes sa volonté de trouver dans la cause une pure énergie quantitative : « Législateurs..., vous avez proclamé la maxime qu'aucune obligation ne peut exister sans cause, qu'aucune obligation ne peut même exister sans une cause raisonnable et proportionnée [2] ».

Si cette « cause proportionnée » ne s'était pas compliquée d'autres circonstances qui la déforment, elle serait une image très exacte de ce qu'est son unique essence. C'est elle que nous voudrions pouvoir exprimer dans cette définition dernière : « La cause est la nécessité compensatoire incluse dans une prestation ou dans un fait qui, réalisant un enrichissement suffisant, est la source objective et le fondement quantitatif de l'obligation dont son bénéficiaire est tenu envers celui qui s'en est appauvri. »

(1) V. Dubreuil, *Des mobiles dans les contrats*, p. 91 à 126.
(2) Locré, *La législat. civ. comm. et crim. de la France*, t. XIV, p. 164.

CHAPITRE III

L'Ordre public

Nous sommes désormais en présence d'une obligation qui est. Elle a été créée par le concours de la volonté et de la cause. La dégradation ou l'absence de l'une, non compensée par l'accroissement réciproque et progressif de l'autre, amoindrit l'obligation ou la supprime.

Mais ces deux éléments perpétuellement nécessaires pour la constitution idéale de l'obligation, peuvent-ils donner de plus à celle-ci la force qui la fera subsister en droit positif? Ou bien, ne faut-il pas que les exigences rationnelles soient, sinon retouchées par les nécessités de l'époque et du milieu qui seront son atmosphère normale, du moins contrôlées par elles, en sorte que devienne un acte juridique cet organisme sain, mais encore extérieur au droit? Nous sommes naturellement conduit à le reconnaître, puisqu'une donnée pratiquement indispensable à la légitimité de l'obligation, comme l'est la licéïté, n'est obtenue ni par la volonté ni par la cause.

Or, c'est la mission de l'ordre public que de grouper cette série variable d'exigences de droit, que chaque époque connaît et qui sont comme la mentalité d'une civilisation. Nous nous sommes déjà efforcé de définir l'ordre public, eu égard aux données que le travail historique a découvertes en lui : « Il est la délimitation du minimum de convenance sociale, au-dessous duquel l'obligation née d'un fait licite ne peut pratiquement être maintenue, en tant qu'obligation juridiquement valable ».

Ici encore, comme pour la volonté et comme pour la cause, c'est dans la mesure de sa définition qu'il nous paraît possible d'analyser l'ordre public.

Lui aussi sort d'un principe extérieur au droit. Il est, par son soubassement, une donnée de la morale. Il convient donc de savoir comment il passe dans le domaine du droit. C'est la détermination de l'ordre public : « Il est une *convenance sociale...* »

Il faut, ensuite, découvrir en lui cette force de validité qu'il ajoute à l'obligation déjà existante. C'est la détermination de son influence sur l'obligation, qu'il soumet à un « ... *minimum de socialité* ».

Il reste, enfin, à voir le jeu de cette action. C'est la détermination du rôle et de la limite de l'ordre public, qui rend l'obligation «... *juridiquement valable* ».

Nous aurons ainsi déterminé le sens et la valeur de ce troisième élément, utile à la perfection de l'obligation.

Section I. — La Détermination de l'Ordre public

Il y a, au-delà du domaine de la stricte justice, telle qu'elle découle des données assez rigides, chargées de la réaliser, un domaine de l'équité, moins précis mais plus souple, qui dérive plutôt du sentiment que du raisonnement, et auquel l'opinion courante s'attache de préférence lorsqu'elle apprécie la légitimité effective d'un fait. L'appréciation morale, portée sur une situation juridique, est le criterium d'une précision généralement suffisante, que la masse puise dans sa conscience et qui remplace l'analyse technique, que seul un petit nombre puise dans le raisonnement. Et même, comme il arrive que cette opinion spontanée soit plus complète que ce jugement réfléchi, il s'impose à ceux qui ont commencé par juger en analystes, de juger ensuite en hommes. Il faut alors apprécier non plus la logique de l'obligation, mais sa convenance.

C'est que la morale n'est extérieure à aucune des manifesta-

tions humaines. Elle ne les définit point toujours, mais toujours elle les évalue. Et chaque science possède une région dans laquelle la morale l'atteint et la sanctionne ; le droit, plus que tout autre, qui, à un étiage de perfection moindre, et avec un but beaucoup plus positif, connaît cependant des préoccupations similaires à celles de la morale. Il est donc normal que de même qu'un pont relie l'ensemble du droit à l'ensemble de l'équité — c'est le droit naturel —, un pont relie les organismes juridiques particuliers à des règles définies de cette équité : c'est l'ordre public, que l'on pourrait aussi appeler la moralité juridique.

En lui, nous devons donc nous attendre à trouver une traduction de la morale dans le droit ; mais, une traduction un peu lointaine, qui est aussi une adaptation, car c'est par un intermédiaire — la société — que cette réaction est obtenue. C'est la combinaison de ces deux influences — moralité générale et intérêt collectif — qui conditionne l'ordre public, lequel est une convenance, et une convenance sociale.

Il est une convenance : il achève la justice privée, en y apportant l'idée de licéïté, qui moralise l'activité des parties. Il est une convenance sociale, car cette moralisation s'étend de ces intérêts privés aux intérêts généraux des tiers, et enfin aux intérêts collectifs de la société tout entière.

Ainsi, l'ordre public peut être décomposé en une certaine licéïté et en une certaine solidarité. Mais ce ne sont point deux idées hétérogènes, artificiellement groupées sous un même concept ; ce sont deux chefs d'une seule donnée centrale : la puissance d'ordre, telle qu'elle se dégage de l'organisation sociale légitime.

Distinguons cependant ces deux élements, afin d'en mieux voir la portée : d'une part, la licéïté ; d'autre part, l'ordre social proprement dit.

I. — Le premier élément contenu dans l'ordre public est la licéïté. Et c'est par elle qu'il entre directement en rapport avec

l'obligation. La licéïté parfait celle-ci en réalisant ce que ne pouvaient donner ni la volonté ni la cause; en apportant ce qui leur est supérieur à toutes deux.

Cependant, tandis que sous un premier chef de son contenu, elle est « l'honnêteté générale », qui dépasse l'action de la volonté et de la cause, mais en restant en rapport avec elles ; en étant comme leur prolongement ; sous un second chef, elle résume « les bonnes mœurs », cette exigence plus définie, et qui ne se rattache plus, nous le savons, ni à la volonté ni à la cause, mais qui appartient plus intégralement à l'ordre public. « La notion de bonnes mœurs, dit M. Capitant, se rattache étroitement à celle d'ordre public ; toute atteinte aux bonnes mœurs compromet l'ordre social [1] ».

Considérons ces deux domaines de la licéité.

La question de l'honnêteté générale se trouve soulevée en des hypothèses variées et où sont diversement engagés les intérêts des parties et des tiers. Elle englobe à coup sûr l'exigence de la bonne foi, telle qu'elle se pose, par exemple, dans un fait de concurrence, et celle de la soumission aux usages suivis, telle qu'ils résultent, par exemple, des coutumes commerciales. Elle ne s'en tient pas à l'origine de l'obligation, mais s'intéresse aussi à son résultat, ce qui montre bien qu'elle concerne davantage sa validité que sa constitution ; c'est ainsi qu'elle définit les règles de la faute, de la prescription, du cas fortuit ou de la force majeure.

L'application la plus intéressante de l'honnêteté générale est, sans doute, celle qui est présentée sous le nom de « théorie de l'abus de droit [2] ». Que la dénomination soit acceptable ou non, il n'en est pas moins certain que le problème se pose de savoir ce que signifie exactement l'affirmation : être titulaire d'un droit. Son exercice peut-il dépasser l'usage normal et moyen qui en est

(1) *Introduct. à l'étude du droit civ.*, p. 33.

(2) V. Josserand, *De l'abus des droits*. — V. aussi Charmont, *L'abus du droit, Revue trim. droit civ.*, 1902, p. 113. — Porcherot, *De l'abus du droit, Th. Dijon*, 1902.

fait d'ordinaire ? L'intensité du droit est-elle illimitée, et peut-on dire de la condition d'inaliénabilité perpétuelle, de la condition de non mariage, ou de toutes les clauses tyranniques que contiennent souvent les contrats de travail, qu'elles sont encore au sein du droit ?

Mais la difficulté est-elle nouvelle et indépendante, et n'est-ce pas seulement la question qui est posée avec plus de précision, parce qu'il existe une conscience plus sensible des exigences que contient l'ordre public ? Laurent avait prévu nombre de ces hypothèses et en avait fait des cas d'applications de la « cause illicite [1] ». Sa théorie n'est vicieuse qu'en tant qu'elle rapporte l'illicéïté à la cause ; mais c'est avec ingéniosité qu'elle précise le champ de l'illicéïté elle-même.

A nos yeux, de même que la lésion ou l'usure ne sont que des applications plus strictes de la cause suffisante, l'abus de droit n'est qu'une réglementation mieux définie de l'honnêteté générale. Les solutions qu'il propose sont en puissance de la notion d'ensemble ; mais, en revanche, celle-ci puise dans ces décisions plus fermes un affermissement de son propre contenu.

Ainsi, la licéïté, sous son premier chef de l'honnêteté générale, n'est autre chose qu'une sorte de vérification des forces mises en œuvre par les individus, ainsi que de la direction qu'ils leur impriment et de l'intensité qu'ils leur communiquent.

Sans doute, plus encore ici que pour la volonté et pour la cause, l'élaboration d'un criterium précis est utopique. Il faut se tenir dans une nécessaire généralité et ne prétendre découvrir qu'une limite éloignée et toute négative. Il paraît possible de dire : « L'obligation n'est pas légitime quand elle outrepasse d'une façon certaine le contenu normal, d'après les usages actuels, du droit qu'elle prétend mettre en œuvre. »

II. — Le second domaine constitutif de la licéïté est plus déterminé que celui de l'honnêteté générale. Il contient cette hon-

(1) V. en particul. *Princip. de droit civ. franç.*, t. XVI, p. 185-195.

nêteté spéciale que désigne le terme de « bonnes mœurs ». Son criterium qui peut être plus précis, doit aussi être plus sévère, car les faits qu'il a mission d'interdire sont d'une gravité sociale plus avérée. Ce sont très spécialement les activités immorales dans leur objet[1]. Le principe qu'il convient de poser doit être analogue à celui que contient l'art. 6 C. civ., mais, d'une part, se suffisant à lui-même, sans le concours d'un art. 1133 qui lui retire toute valeur dans l'obligation ; et, d'autre part, évitant, dans son application, les contradictions que forment entre eux les art. 900 et 1172. Le criterium semble pouvoir être le suivant : « L'obligation n'est pas légitime lorsque son objet constitue une atteinte certaine à la moralité publique, telle qu'elle résulte de l'opinion actuelle. »

Et, par là, nous sentons bien le rapport de cette licéïté avec l'ordre public proprement dit. Celui-ci ne prétend pas atteindre l'immoralité du *but* qui demeure interne, et qui ne relève que de la morale, mais seulement celle qui s'extériorise par son *objet*, et intéresse ainsi la société.

III. — Mais il est, avons-nous dit, à côté de la licéïté sous ses deux chefs, un second élément constitutif de l'ordre public, et qui achève cette solidarité nécessaire dans la société : c'est l'ordre social. L'attache est absolument rompue avec la volonté et avec la cause. L'intérêt en jeu n'est plus même partiellement individuel ; il est totalement collectif.

« D'une façon générale on peut dire, écrit M. Capitant, que l'ordre public, c'est l'ordre dans l'État, c'est à dire l'arrangement des institutions, l'organisation des règles qui sont indispensables à l'existence et au fonctionnement de l'État. Le mot *ordre public* indique, en effet, l'idée d'une disposition logique, d'une subordination qui donne à l'ensemble l'unité et la vie[2] ». Nous sommes ici en présence des assises mêmes de la société, organisée en

(1) V. Laurent, *op. cit.*, t. XVI, p. 203-212.
(2) *Introduct. à l'étude du droit civ.*, p. 26-27.

nation, et il fait essentiellement partie du contenu de l'ordre public d'en assurer le respect et la garantie. Il répartira son action entre les différents produits de cette organisation.

Il sera la soumission au régime économique, déterminé par le droit positif dont l'objet est de définir la sphère légitime des activités privées. Il empêchera, par là, les atteintes à l'organisation de la propriété ; il établira la réserve héréditaire, édictera l'interdiction des pactes sur succession future, prendra des garanties contre les systèmes excessifs de la main-morte ou des donations exagérées [1].

Il sera ensuite la soumission au régime politique, établi par le droit constitutionnel. Il devra être, à la fois, très réservé dans les interdictions qu'il pose, car le régime normal doit être l'indépendance des activités privées ; et très strict sur l'observance de celles qui ont été édictées, car c'est la paix publique qui est en jeu [2]. C'est dans cet esprit qu'il pourra, par exemple, être large en faveur de la liberté de la parole ou de la presse, et sévère à l'égard des sociétés secrètes.

Il atteindra enfin le régime religieux, tel qu'il découle du droit canonique ou des pratiques des religions. Mais à son égard, l'ordre public devra être neutre. Comme la morale, la religion est une puissance extérieure au droit, mais qui lui est plus étrangère encore, puisqu'aucune de ses préoccupations ne sont partagées par lui. Le principe sera donc l'absolue liberté des activités individuelles. Celles-ci ne pourront connaître de limitation que dans les cas où leurs réalisations se trouvent en contradiction formelle avec des nécessités soit économiques, comme il peut arriver dans la fondation, soit politiques, comme il peut arriver dans l'association ou dans l'enseignement. Mais encore, ces limitations ne pourront-elles exister que dans la mesure où les exigences sociales générales sont positivement compromises par les prétentions

(1) Cf. LAURENT, *op. cit.*, t. XVI, p. 195-203.
(2) *Ibid.*, p. 173-185.

spéciales dont il s'agit ; c'est ce qui arriverait, par exemple, dans le cas de sacrifices humains. Le régime religieux ne relève de l'ordre public qu'indirectement et dans la seule mesure où il intéresse la société.

Le criterium représentatif de cette organisation sociale, qui doit achever la moralité générale et aussi faire apparaître plus nettement l'intérêt collectif, sera, comme les précédents, large et discret : « L'obligation n'est pas légitime lorsqu'elle contredit d'une façon certaine le régime social actuellement existant. »

IV. — Les trois critères de la validité pratique de l'obligation, témoignant de la triple nécessité d'une honnêteté générale en affaires, d'une moralité minima et d'une suffisante conformité avec le régime social, précisent ce à quoi correspondent les deux chefs de l'ordre public : la licéité et l'ordre social. Mais ils témoignent aussi, comme nous l'avons noté déjà, de la connexité qu'ont, entre eux, ces deux ordres de choses.

Il convient donc de ne pas s'en tenir à des solutions dispersées, et de chercher dans un texte unique, la synthèse rationnelle de ces nécessités, qui s'appellent et se complètent, comme se groupent leurs désignations sous le seul terme d' « ordre public. »

L'ordre public, c'est vraiment l'équilibre social total, et sa notion « malgré la nécessaire imprécision de ses contours... est relativement claire et facile à concevoir[1] ». Elle se définit de soi, sous les deux mots qui l'expriment : « Ordre », qui signifie mise en la place normale ; « public » qui signifie : intérêts collectifs. Il est la *conscience collective moyenne*.

Mais s'il faut poser, à le différence du Code civil français, une conception une, cohérente et harmonieuse ; il faut, à la différence de l'art. 138 C. civ. all. que cette unification soit faite à l'intérieur du seul principe d'ordre public.

(1) Gounot, *op. cit.*, p. 91.

Il ne faut point rattacher au fait « qui porte atteinte aux bonnes mœurs », apprécié « en tenant compte des circonstances », — et qui se rapporte bien à l'ordre public — le fait par lequel on exploite « le besoin, la légèreté ou l'inexpérience d'autrui », — qui se réfère à la volonté — et le fait qui réalise une « disproportion choquante » entre les prestations — qui se réfère à la cause[1].

Mais alors, cette « appréciation d'après les circonstances », ou cette « opinion actuelle » que nous avons admise, va-t-elle caractériser suffisamment l'ordre public ? A cet égard, on peut estimer que « ... la conscience du juge... représente la conscience juridique moyenne de la collectivité[2] ».

Au surplus, cette expression même ne présente que l'extérieur de l'ordre public ; elle est, pour lui, ce qu'est la déclaration pour la volonté ; et il importe de dégager maintenant, au sein de ces nécessités sociales, le principe de validité qu'elles ont le pouvoir d'apporter à l'obligation.

Section 2. — L'Énergie créatrice de l'Ordre public

Quelle est donc, en définitive, la force qui fait que des exigences sociales réagissent sur de pures exigences privées, et que l'obligation, cet instrument d'action tout individuelle, ait à subir l'influence des besoins généraux et collectifs ? Ne sont-ce point là deux domaines séparés et étrangers l'un à l'autre ? Et, dès

(1) Art. 138 C. civ. all. : « Un acte juridique qui porte atteinte aux bonnes mœurs est nul.

Est nul, en particulier, un acte juridique par lequel quelqu'un, en exploitant le besoin, la légèreté ou l'inexpérience d'autrui, obtient, pour lui ou pour un tiers, qu'en échange d'une prestation, on promette ou que l'on fournisse des avantages patrimoniaux qui excèdent de telle sorte la valeur de la prestation, qu'en tenant compte des circonstances, ces avantages soient, par rapport à la prestation, dans une disproportion choquante. »

(*Traduct. du comité de Législat. étrang. et de la Soc. de Législat. compar.*, t. I, p. 154).

(2) Gounot, *op. cit.*, p. 96, en note.

l'instant que l'obligation est rationnellement constituée, est-il vrai qu'il faille encore qu'elle soit socialement viable ?

I. — C'est bien là cependant une nécessité logique, en même temps qu'une convenance pratique. Si, en effet, l'obligation est essentiellement individualiste dans son principe et dans sa fin — ce qui explique que ses éléments constitutifs soient de pur intérêt privé : l'engagement d'une personne et l'enrichissement d'un patrimoine —, elle est sociale dans ses résultats ou dans ses conséquences, parce qu'elle pénètre dans la vie juridique; et il est normal qu'à des conditions privées requises pour qu'elle soit, se surajoutent des conditions sociales pour qu'elle continue d'être. S'il n'est guère possible de considérer l'homme comme pur individu, mais qu'il faille vraiment voir en lui un individu, membre d'une société, il est radicalement impossible d'envisager l'un de ses actes comme une opération strictement privée; il faut y voir nécessairement une activité privée qui joue dans le milieu social, et qui lui emprunte certains éléments de la satisfaction qu'elle poursuit, comme elle en recherche d'autres dans le milieu économique.

Une volonté saine et une cause suffisante peuvent bien s'accorder pour créer de locataire à bailleur l'obligation du louage d'une maison de jeu ; mais l'ordre public est, en même temps, fondé à critiquer cet usage d'une portion de l'activité et de la richesse générales, et à invalider cette obligation. « En réalité, écrit M. Perrin, il existe deux plans superposés : le plan économique, dans lequel agissent les parties, et le plan juridique, dont les parties n'ont pas à se préoccuper [1]. »

Mais cette suprématie qu'a, de ce point de vue, l'ordre public, n'est pas absolue. C'est une suprématie relative et mobile. L'ordre public, traduction de l'époque et du milieu, « est une conception évolutive, qui se transforme incessamment [2] », et qui

(1) X. Perrin, *La convers. par réduct...*, p. 123.
(2) Saleilles, *Déclarat. de volont.*, p. 211.

n'ajoute à l'essence immuable de l'obligation que la conformité élémentaire aux convenances du moment. Son énergie est dégagée par l'intérêt général qui, comme tout organisme vivant, tend à se fortifier et à se répandre. Il faut en chercher l'expression dans la loi positive, qui est l'organe de la volonté collective, comme l'acte juridique est l'organe de la volonté individuelle.

Or, cette expression de l'intérêt général doit, pour demeurer légitime, être d'autant plus discrète que l'obligation est plus profondément d'ordre privé et ne devient sociale que, pour ainsi dire, malgré elle.

C'est que, les intérêts privés, comme, de leur côté, les intérêts sociaux, n'accusent pas toujours un égal exclusivisme. Il y a, de part et d'autre, en quelque sorte, une gradation parallèle et inverse. Plus sa fin est foncièrement individuelle, plus l'obligation ne dépend que de la volonté et de la cause. Plus sa fin est sociale, plus elle est définie par l'ordre public. Et c'est par là que se différencient l'obligation volontaire et l'obligation légale [1]. Si l'on considère, tour à tour, la vente de marchandises et la vente de clientèle, la donation et la fondation, il est évident que l'on voit l'intérêt particulier, seul envisagé par les parties, se charger de plus en plus d'un caractère social. Et à l'inverse, si l'on envisage l'activité collective, on la voit s'acheminer progressivement d'un but purement social, à un but simplement général, et finalement à un but qui n'est commun qu'à un groupe de personnes ou à un ensemble de situations individuelles. L'obligation légale et l'obligation volontaire sont distinctes, mais reliées entre elles par une série d'états insensiblement différenciés.

Lorsqu'il s'agit d'un intérêt précis et fondamental de l'État lui-même, comme dans la perception des impôts ; ou d'un intérêt d'ordre général, comme dans la pension alimentaire, le droit étant directement social, l'obligation est essentiellement sociale.

(1) V. *infra*. Conclusion.

Cet intérêt s'affirme d'une façon positive : c'est l'obligation légale, et elle pose un ordre. Selon l'analyse de M. Japiot, il s'agit alors du contenu supérieur et impératif de l'ordre public ; son but de protection vise directement la société, « personne morale distincte des unités qui la composent[1]. » Mais, dans les autres cas — dans le quasi-contrat et dans le contrat —, le droit n'est qu'indirectement social ; l'obligation est essentiellement individuelle, et la prescription de protection sociale doit seulement être négative : c'est l'ordre public, et il pose une défense. Il s'agit ici du contenu inférieur et prohibitif de l'ordre public.

Ainsi, le devoir social s'affirme, selon son intensité, tantôt positivement et tantôt négativement. Si l'on doit estimer, avec M. Duguit, que « tout individu a l'obligation d'accomplir dans la société une certaine fonction, en raison directe de la place qu'il y occupe[2] », ceci n'implique pas un devoir permanent, comme l'est le devoir moral qui s'impose à tous et en tout. Ceci tend seulement à établir qu'il y a, à côté des préoccupations privées, d'inéluctables préoccupations sociales ; mais, avec l'obligation volontaire, nous sommes dans le domaine des préoccupations particularistes ; elles ne sauraient être soumises qu'à la vérification de l'ordre public, et non à l'injonction de la loi.

Le pouvoir de l'ordre public est la forme adoucie du pouvoir de la loi. Il n'y a plus matière à préférer l'intérêt collectif à l'intérêt individuel ; il est seulement désirable de protéger l'ordre social, en « limitant, sans l'entraver, la liberté..... des conventions privées[3]. »

II. — Et même cette influence toute négative de l'ordre public variera, bien entendu, d'intensité, selon que l'obligation soulèvera plus ou moins nombreuses, et plus ou moins accentuées, les

(1) Japiot, *Des nullités...*, p. 307-313.
(2) *Transformat. génér. du droit privé depuis le C. Napoléon*, p. 157.
(3) Masson, *De la notion d'ordre public...*, p. 123.

questions qui relèvent de lui [1]. De toute manière, le principe d'influence de l'ordre public n'est pas de rechercher un accroissement de la solidarité sociale, ce qui dépasse d'une manière certaine l'objet de l'obligation entre particuliers, mais uniquement de ne pas contredire la solidarité sociale préexistante, ce qui est conciliable avec le résultat de l'obligation entre particuliers.

III. — A l'encontre de cette conception moyenne de l'ordre public, s'affirme une tendance extrême. Directement opposés aux défenseurs de l'autonomie de la volonté, et de son spiritualisme individualiste, ses auteurs admettent la suprématie de la solidarité, et de ce que l'on pourrait appeler — encore que certains de ses partisans s'y refusent — le matérialisme social.

En face de la théorie qui ramène tout à la volonté, et qui affirme : « tout ce qui est voulu par une volonté individuelle est légitime [2] », est apparue la réaction des écoles sociales et socialistes, avec son ferment d'opposition systématique. Nous en avons trouvé la première expression dans la doctrine qui incorpore l'intérêt social à la cause [3]. Mais le mouvement est, à présent, plus affermi et plus individualisé. On soumet tout à l'ordre public au moins, et à la loi, s'il est possible ; c'est par là que la conception est sociale; et l'on donne pour base à l'ordre social une égalisation de la richesse beaucoup plus stricte que n'est la compensation exigée par la cause; c'est par là que la conception est matérialiste. Elle affirme : tout ce qui est conforme à l'ordre social est désirable [4]. Le positiviste Auguste Comte demandait

(1) V. Capitant, *Introduct. à l'étude du Droit civ.*, p. 26 et suiv.

(2) V. J.-J. Rousseau, *Du contrat social.* — Kant, *Eléments métaphysiques de la doctrine du droit.* — Fichte, dans *Stahl. Histoire de la philosoph. du droit*, traduct. Chauffard.

(3) V. *supra*, p. 126. — Bourgeois, *Essai d'une philo. de la solidarité.* — Duguit, *L'état, le droit objectif et la loi positive.* — Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté.*

(4) Cf. Gounot, *op. cit.*, p. 388-398.

qu'on remplaçât « la discussion vague et orageuse des droits, par la détermination calme et rigoureuse des devoirs respectifs [1]. » Et cette doctrine, concluant enfin que son criterium est, en même temps, celui de la justice, et non plus celui de l'indépendance individuelle, mesure la supériorité du socialisme sur l'individualisme à la supériorité de la justice sur la liberté.

En réalité, il semble que dans l'élan de cet altruisme qui n'est pas sans beautés, les socialistes ne s'arrêtent qu'au-delà de la vérité, comme les individualistes étaient demeurés en-deçà. Les uns et les autres donnent la valeur d'éléments constitutifs de l'obligation à ce qui ne doit avoir sur elle qu'une lointaine influence : d'un côté, les motifs, parce qu'ils conduisent à l'arbitraire ; de l'autre, les prérogatives de la collectivité sociale, parce qu'elles conduisent à l'étatisme.

L'ordre public, bien loin d'être le principe exclusif de l'obligation, n'en est même pas le principe prééminent. On ne saurait affirmer avec M. Perrin : « ..... Il est nécessaire qu'un accord de volonté existe pour que les obligations naissent, mais il n'est pas exact de conclure à un lien de causalité ; il est plus vrai de dire que la société — intéressée à l'exécution des conventions — prend texte de cet accord pour faire naître des obligations, et loin d'être la cause de l'obligation, le contrat n'en est que l'occasion [2]. » Ceci revient, en effet, à affirmer qu'en l'absence d'un droit positif, l'enrichissement ne postule pas une compensation, non plus que l'engagement, le respect de la parole donnée. Or, tout au contraire, l'ordre public n'arrive même pas à égalité avec la cause et la volonté : il n'est que la validation de l'obligation déjà créée.

Quant à se demander, avec M. Gounot, comment la société « pousse ainsi le désintéressement jusqu'à prêter son actif concours à tout acte de volonté quel qu'il soit, cet acte lui fût-il

(1) *Cours de philo. positive*, 3e édit., t. VI. Paris, Baillière, 1869, p. 454.
(2) X. Perrin. *La convers. par réduct...*, p. 117.

complètement étranger ? [1] », n'est-ce point une question superflue, à l'égal de celle qui rechercherait pourquoi l'individu pousse la condescendance jusqu'à ne pas méconnaître, quand bon lui semble, telle exigence de la société [2] ? Il y a là deux puissances qui doivent éviter, autant qu'il est possible, de se limiter l'une l'autre. L'obligation volontaire se soutient par les éléments rationnels qui sont les siens, comme le fait l'obligation légale. Chacune a son autonomie.

IV. — Comment imaginer, d'ailleurs, ce que serait cette vérification profonde faite en vertu de l'ordre public ? Aurait-elle pour résultat de conseiller, par exemple, l'annulation de la vente d'une terre, parce que l'acheteur cultive mal et que le vendeur dilapide le prix ; ce qui constitue évidemment des faits socialement mauvais ? Même du point de vue absolu du bien et du juste, il n'est pas légitime de sacrifier un intérêt précis et normal à des considérations souvent bien vagues et bien lointaines. Au lieu de dire avec M. Gounot : « Tout est social dans l'individu... excepté son individualité même [3] », ne faut-il pas plutôt croire que tout est individuel dans l'individu, excepté le fait inévitable de son rattachement à un groupement social. « ... Le vrai droit, écrit M. Fouillée, n'est plus seulement la volonté d'un prince, ni l'intérêt d'un pays, il est le droit de l'homme ; par cela même le centre du droit est partout et chaque individu peut être considéré tour à tour comme fin ou moyen, comme obéissant ou commandant, comme sujet ou législateur de la *République universelle* [4] ».

Le grand ordre de préférence qu'aucun système de droit ne

(1) *Op. cit.*, p. 347.

(2) Cf. Stuart Mill : « L'individualité doit gouverner cette partie de la vie qui intéresse principalement l'individu, et la société, cette autre partie qui intéresse principalement la société ». — *La Liberté, traduct. franç.* ch. IV, p. 136.

(3) *Op. cit.*, p. 328.

(4) *L'idée moderne du droit*, 1re édit., p. 218.

renversera, quand aucun système de morale n'y est parvenu, c'est celui qu'a défini Ihering : « J'existe pour moi. Le monde existe pour moi. J'existe pour le monde [1] ». De toute évidence, dans l'obligation volontaire, j'existe pour moi avant que d'exister pour la société. L'ordre public ne peut pas exiger de l'obligation volontaire une fonction sociale [2], mais une simple conformité sociale. Il doit avoir souci de ne pas devenir uniquement moral, et de demeurer essentiellement juridique ; et il exprimera mieux la vérité de son principe, en nous parlant avec M. Duguit d' « interdépendance sociale [3] », qu'en nous parlant avec M. Bourgeois de « solidarité sociale [4] ».

Est-ce que, du reste, la correction interne de l'acte individuel n'est pas, le plus souvent, le garant que celui-ci ne sera pas déplacé dans le milieu social ? Tout à l'heure, M. Perrin admettait, sans discussion, que la société est naturellement intéressée à l'exécution des conventions [5]. C'est qu'ordinairement l'organisme qui répond adéquatement à sa mission dans son domaine, ne heurte pas les domaines qui l'entourent, et dans lesquels il pousse ses conséquences secondes. L'harmonie générale veut que la rectitude de celles-ci résulte normalement de la rectitude des buts premiers. L'origine de l'obligation, d'ailleurs, n'est pas dans la manifestation abstraite d'un vouloir, mais dans l'intention raisonnée d'une volonté humaine ; et la conception de celle-ci est faite de certaines, au moins, des nécessités, dont l'ordre public est la synthèse agrandie. Alors que l'on passe du régime de la force au régime du droit, l'obligation volontaire devient un mode de l'ordre social, un appui de sa sécurité. La liberté n'est-elle pas le meilleur moyen d'intensifier les transactions, et le contractant

(1) *L'évolut. du droit*, p. 45.
(2) V. Duguit. *Transform. génér. du droit*, p. 24.
(3) *Loc. cit.*
(4) *Essai d'une philo. de la solidarité.*
(5) *V. supra*, p. 169.

habituel, le commerçant, n'est-il pas celui qui développe le plus simplement la richesse générale[1] ?

Même dans les cas où l'obligation volontaire n'a pas cette heureuse répercussion, elle se légitime encore, car elle existe par elle-même, et pour elle-même. « Là où il n'y a plus de droit subjectif, a écrit M. Saleilles, il n'y a plus de droit[2] ». L'ordre public considère cette création individuelle rationnelle et lui permet l'efficacité positive. Selon la formule de Windscheid : « L'individu ordonne, et le droit fait sien cet ordre[3] ». On ne peut donc pas dire que l'ordre public ait une énergie créatrice : son action est toute négative. Son pouvoir n'est qu'un droit de veto : il définit et interdit l'activité anti-sociale.

Il le fait, en prenant pour criterium, comme nous l'avons vu, l'opinion actuelle. Celle-ci doit donc s'entendre d'une opinion qui résulte, non pas des *habitudes moyennes,* qui peuvent comporter toutes les injustices, mais bien des *normes moyennes,* qui expriment la socialité la plus juste. C'est là, la force d'influence qui se dégage de l'ordre public. C'est de son incidence sur l'obligation que résulte sa mission.

Section 3. — Le Rôle et la Limite de l'Ordre public

Les situations juridiques ne sont pas telles que nous les présentent les partisans des systèmes extrêmes de l'individualisme et du socialisme Ce qui existe ce n'est pas le seul individu, non plus que la seule société. Ce qui crée le droit, ce n'est pas uniquement une volonté toute subjective et radicalement indépendante, ou une autorité purement sociale, expression de la justice objective. La réalité est faite d'une moyenne. L'obligation

(1) Cf. Ricardo : « Dans les pays où le commerce est ouvert à la libre concurrence, les intérêts individuels et ceux de la communauté sont constamment en harmonie ». Cité dans Gide et Rist. *Hist. des Doctrines économiques.* 2e édit., p. 193.

(2) *L'origine du droit et du devoir,* p. 157.

(3) *Lehrbuch des Pandektenrechts,* 7e édit., t. I, p. 167.

est consécutive au concours de ces deux actions, qui se combinent au-dessus du principe primordial de la cause. « L'harmonie est le seul critère du droit, comme de la vérité [1]. »

Mais ce qu'il est vrai d'affirmer, c'est que la vie se complique ; et ce n'est point l'une ou l'autre seulement des deux tendances opposées qui se développe ; c'est, à la fois, l'une et l'autre. Leur extension n'a pas été mathématiquement concomitante. Leurs niveaux ne se sont pas élevés parallèlement, comme ceux de deux vases qu'alimenteraient, en même temps, deux sources d'un égal débit. Mais ils se sont constamment rejoints, comme par des apports successivement fournis à l'un, puis à l'autre, dans la poursuite d'un équilibre cherché toujours plus haut. Après que l'époque révolutionnaire eût engendré l'individualisme en philosophie, et, en droit, la liberté des conventions qui en découle, voici que la période subséquente a rêvé une philosophie de la solidarité, et un système juridique reposant, en partie, sur le désintéressement [2]. Est-ce à dire que la vérité a pu modifier ses assises ou son orientation, et n'est-ce pas plutôt qu'elle a accentué et perfectionné les éléments dont elle est faite, en précisant leur sens jusque là enveloppé. L'altruisme ne s'est affirmé que précisément parce que l'égoïsme venait, lui-même, de s'affirmer. Mais de même que la volonté ne peut, en présence de la cause, prétendre à s'exprimer que dans le domaine restreint qui est le sien, l'ordre public ne peut influencer l'obligation que dans la mesure plus restreinte encore qui est la sienne. Et son rôle ne peut pas être enfermé dans une formule très précise, alors que la formule qui a déterminé son essence n'exige qu'une « conformité aux normes actuelles ». Selon la règle d'Aristote : « Des choses indéterminées, la règle doit être indéterminée ».

I. — Cependant, ces normes pratiques prennent des dénominations mieux définies, selon qu'elles se rapportent à l'un ou à

(1) Brocher, *Rev. génér. du Droit*, 1901, p. 29.
(2) V. Polier, *L'idée du juste salaire.*

l'autre chef de l'ordre public. Sur le chef d'ordre social, la norme devient la *constitutionnalité ;* sur le chef de licéïté, elle devient la *légalité*. C'est la double limitation, toute passive du reste, apportée à l'indépendance pratique de l'obligation volontaire. Le jeu de cette constitutionnalité et de cette légalité soulève, d'ailleurs, des difficultés inégales. Avec la première, nous sommes dans un domaine restreint et formel ; avec la seconde, nous rencontrons des applications plus nombreuses, mais qui laissent une plus large part à l'interprétation. La constitutionnalité englobe les principes religieux, politiques et économiques fondamentaux.

Mais, tout d'abord, le régime religieux, nous le savons, se réduit pratiquement au régime politique. En tant qu'il est autonome, il est extra-juridique ; en tant qu'il est juridique, il n'atteint l'obligation que par l'intermédiaire du régime politique, et dans la seule mesure où celui-ci l'exige pour sa propre garantie.

Le régime politique lui-même est rarement mis en cause dans l'obligation volontaire. Mais, il est hors de doute que l'obligation est rendue inefficace par la moindre atteinte portée aux nécessaires prérogatives de l'État [1].

Reste donc le seul régime économique, qui se rattache à la constitutionnalité dans la mesure où ses exigences sont le prolongement de l'ordre politique. C'est ici qu'apparaissent surtout les prétentions sociales, en particulier sous la forme de l'organisation de la propriété et du travail. L'ordre public tend alors à devenir actif. Il cherche à participer à la constitution même de l'obligation. Cette dernière est moins en rapport avec un ordre public négatif, qu'en concours avec une obligation légale positive, qui pose certaines règles de prudence, de salubrité, d'assistance, dont elle exige l'incorporation dans l'obligation. Bientôt celles-ci seront renforcées au maximum, et leur méconnaissance sera érigée en délit. Et il est curieux de noter que ce mélange du

(1) Cf. Laurent, *Op. cit.*, t. XVI, p. 173-174.

délit et de l'obligation d'ordre licite apparaît comme un perfectionnement, alors que leur confusion primitive avait semblé si fausse et si illogique. C'est que la part d'influence de l'ordre social sur l'obligation est essentiellement affaire d'époque. Notre criterium ne s'en trouve que renforcé : Le rôle et la mesure de cette action sociale découlent des normes moyennes de la conscience collective, exprimées par la loi constitutionnelle actuelle.

II. — Avec la licéïté, l'ordre public prend la forme moins stricte de la légalité. Il se résume désormais dans les exigences les moins essentielles du droit positif, c'est à dire dans celles qui ne visent plus l'universalité sociale, mais seulement certaines généralités de situations individuelles.

Sa mise en œuvre est plus délicate, du fait même que le départ est moins aisé entre cet ordre public d'une part, qui est devenu pour ainsi dire moins social, et, d'autre part, la volonté et la cause. Une question d'attribution se pose tout d'abord. Supposons, en effet, une obligation qui révèle, à première vue, une atteinte à cette honnêteté générale, que nous avons individualisée. Avant que d'apprécier si l'obligation est atteinte dans sa validité, par la méconnaissance de l'ordre public, il faut rechercher si elle n'est pas plus profondément viciée, soit par l'insuffisance de la cause, soit par l'incorrection de la volonté. C'est seulement s'il n'en est rien, que l'ordre public sera fondé à entrer en jeu. Car son seul rôle légitime, sous son chef de licéïté, est compris entre les rôles préétablis de la volonté et de la cause, qui forment sa double limite.

III. — Considérons, d'abord, l'ordre public en présence de la volonté. Il a déjà une action supplétive de celle de la volonté. Il est ce que l'on nomme souvent la « volonté présumée », c'est à dire cet achèvement de la volonté, qui est conciliable avec la volonté effective, sans cependant en découler, fût-ce tacitement. C'est qu'en effet, à la différence de la cause, dont la valeur

est assez claire, la valeur du vouloir est souvent imprécise, et son expression, souvent obscure. Ce n'est plus alors la volonté, mais bien l'ordre public, qui indique la solution des difficultés non prévues, en partant de la bonne foi et de la confiance légitime. Il fixe le sens exact des pourparlers antérieurs à la conclusion du contrat, des offres et des ruptures peu claires, comme celles qui sont faites par annonces ou par affiches ; il règle l'intervention du cas fortuit et de la force majeure.

Il agit d'une façon analogue, mais avec plus de prudence encore, à l'égard de la volonté tacite ou de la volonté cachée. C'est ainsi qu'en matière de simulation, il laisse la volonté réelle produire effet, sauf bien entendu, à la faire tomber, par ailleurs, sous le coup d'une de ces prohibitions catégoriques, que la loi peut régulièrement poser. Il semble qu'on puisse, en ces matières, adopter la formule de M. Gounot : « ... Quand la volonté subjective est inexistante ou douteuse, le juge recherche le juste objectif. Il n'est pas un simple appareil enregistreur, mais, comme le législateur, l'organe actif du droit [1]. » Affirmation plus acceptable, du reste, dans sa première assertion que dans la seconde, qui déjà borde l'écueil.

Mais après ce rôle supplétif, l'ordre public s'élève en face de la volonté, et acquiert un rôle propre et direct. Il va pouvoir la limiter, dans la mesure de l'abus de droit ou de l'immoralité, et plus généralement dans la mesure de l'illicéïté de l'opération. C'est ainsi, par exemple, qu'il définit l'usage possible de la propriété [2], ou qu'il réglemente la légitimité du jeu et du pari [3].

Il va même s'opposer radicalement à la volonté ; il va la contredire profondément et lui interdire la moindre divergence d'avec lui, parce que les principes sociaux en cause sont de plus en plus essentiels. C'est, par exemple, la défense faite à l'ouvrier

(1) *Op. cit.*, p. 212. — V. aussi Dereux, *De l'interprétat. des actes jurid. privés.*

(2) V. art. 544 C. civ.

(3) V. Art. 1965 et 1966 C. civ.

de céder plus d' 1/10e de son salaire ou l'interdiction du pacte sur succession future.

L'ordre public enfin, va atteindre son maximum de puissance, et convertir en délit la manifestation de volonté qui le combat. Primitivement l'inexécution ou la rupture intempestive des contrats étaient punies[1]. Aujourd'hui, la conception est généralisée, et tout dol ou toute violence porte en soi le germe d'un délit. Le concept d'ordre public se superpose à celui de volonté, et, ajoutant l'intérêt collectif à l'intérêt privé, a le pouvoir de placer la peine à côté de la réparation.

IV. — L'ordre public, avons nous dit, est aussi en rapport avec la cause, qui constitue sa seconde limite.

Lorsque l'ordre public pourrait être supplétif de la volonté, ce supplément d'éclaircissement est parfois fourni déjà par la cause, comme dans l'hypothèse de non fixation de prix pour un service ou un travail déterminé ; la cause de l'obligation est suffisamment indicatrice de la portion douteuse de cette obligation. L'entrée en jeu de l'ordre public est reculée de ce fait. Sa zone d'influence réapparaît derrière la cause suffisante, pour révéler non plus seulement une injustice quantitative, mais aussi un désordre social. C'est ce qui a lieu, par exemple, lorsque les sociologues, nous parlant de salaire insuffisant, entendent par là l'inéquivalence non pas entre la rémunération et l'ouvrage accompli, mais entre la rémunération et les besoins que celle-ci doit permettre de satisfaire : la nourriture, le logement, l'entretien d'une famille[2].

L'entrée dans cette voie montre toute la délicatesse du jeu de l'ordre public, en présence de la cause. Quand il avait à se concilier avec l'expression d'une volonté, il rencontrait une manifestation psychologique relativement souple, et il pouvait la mode-

(1) Cf. *Loi XII T.*, t. III, 6. — *Loi Salique*, t. 58.
(2) Cf. La loi d'airain de Lassalle. — *L'encyclique « Rerum Novarum »* de Léon XIII, 1891.

ler ; ici, il se heurte à la consistance matérielle et définie de la cause, et il est plus téméraire de déformer son criterium précis.

Cependant, ce dernier ne conserve pas, en fait, ainsi que nous l'avons vu en étudiant la cause suffisante, la valeur mathématique qu'il lui est possible d'invoquer. Et, puisque la coutume tend à accentuer l'élasticité de la compensation exprimée par la cause, ne serait-ce pas précisément la mission de l'ordre public que de lui rendre, par une nouvelle voie, une autre précision, puisée dans l'exigence de l'époque ? De même que l'ordre public accuse une forme qualitative dans l'abus de droit, et apporte une précision de l'époque au sens qualitatif général de la volonté, il prend une forme quantitative dans le minimum de salaire, et apporte une précision de l'époque au sens quantitatif général de la cause.

Et plus la tendance se manifeste à faire dépendre de l'ordre public, plutôt que de la cause, le quantum de l'obligation, plus s'accuse le caractère social d'un droit. C'est bien le sens de l'art. 138 C. civ. all. [1], dans lequel la disproportion des avantages stipulés apparaît comme un vice objectif, dérivant moins de l'inéquivalence, que d'un certain sentiment moral, qui considère cette inéquivalence comme une iniquité sociale. C'est bien aussi le trait de l'art. 21 [2] de ce code suisse des obligations, dont M. Eugène Gaudemet a dit qu'il « marque actuellement le point extrême que peut atteindre, dans la législation positive, la *socialisation* du droit civil [3]. »

Il y a là un excès certain à redouter. Il faut garder les deux

(1) V. aussi *Loi du 21 mai 1880, addit. à l'art. 302 C. pénal.* — Autriche : *Loi du 19 juillet 1877. Loi du 28 mai 1881.* — Angleterre : *Loi du 8 août 1900.* — Suède : *Loi du 14 juin 1901.*

(2) « En cas de disproportion évidente entre la prestation promise par l'une des parties et la contre-prestation de l'autre, la partie lésée peut, dans le délai d'un an, déclarer qu'elle résilie le contrat et répéter ce qu'elle a payé, si la lésion a été déterminée par l'exploitation de sa gêne, de sa légèreté ou de son inexpérience. Le délai d'un an court dès la conclusion du contrat. »

(3) *Les codificat. récentes..... — Livre du Centen. du C. civ.*, t. II, p. 970.

cercles concentriques de la cause et de l'ordre public, sans apporter entre eux la confusion. L'équivalence même de la prestation demeure soumise à la cause. L'ordre public ne doit considérer que les dérivés de l'équivalence, qui la dépassent, parce qu'ils ont une portée éminemment sociale.

C'est par cette voie qu'il lui appartient naturellement de vérifier la clause pénale, par exemple[1]. Il peut aller jusqu'à se transformer en une véritable obligation légale, comme dans la fixation d'un salaire minimum. L'obligation légale concourt alors avec l'obligation volontaire pour former une sorte d'obligation mixte, dont s'inspirera le contrat d'adhésion.

Et ici encore, il est légitime que l'ordre public franchisse une dernière étape et érige en délit la consistance insuffisante de la cause, à la manière de ce qu'il a fait pour la contrainte exercée sur la volonté. Mais, ainsi qu'alors, c'est la seule pénalité qui relève de l'ordre public, tandis que la réparation continue à découler de la cause ; c'est ce qui apparaît, par exemple, dans l'usure. C'est essentiellement en cette matière de la conversion en délit que l'ordre public ne doit s'affirmer que très prudemment. Le législateur doit se souvenir que chacune de ses interdictions, et plus encore, chacune de ses prescriptions, est, en quelque sorte, une atteinte portée à l'obligation conventionnelle, c'est à dire à un organisme qui a pour objet de consacrer non la protection de la société, mais l'indépendance de l'individu.

V. — La généralité de ces idées n'est pas en contradiction avec notre droit, et il ne paraît pas impossible de concilier leur teneur avec son esprit, qui témoigne d'une préférence en faveur de l'individualisme. Mais, il faut arriver à une conception d'ensemble qu'il ne présente pas[2], et dans laquelle l'ordre public apparaisse, à la fois, comme l'expression d'un « intérêt supérieur[3] », et, cepen-

(1) V. Hugueney, *L'idée de peine privée en droit contemporain.* Th. Dijon. Paris, A. Rousseau, 1904.

(2) Cf. Art. 6, C. civ.

(3) Gény, *Méthode d'interprétat.*, p. 524.

dant, comme un principe purement subsidiaire dans l'obligation.

La vérité juridique, qui est toujours souple et un peu vague [1], ne semble point déformée au sein des trois critères, sous lesquels nous avons cru pouvoir représenter les nécessités contenues dans l'honnêteté générale, dans la moralité juridique et dans l'ordre social.

« L'obligation n'est pas légitime, quand elle outrepasse, d'une façon certaine, le contenu normal, d'après les usages actuels, du droit qu'elle prétend mettre en œuvre. »

« L'obligation n'est pas légitime, lorsque son objet constitue une atteinte certaine à la moralité publique, telle qu'elle résulte de l'opinion actuelle ».

« L'obligation n'est pas légitime, lorsqu'elle contredit, d'une façon certaine, le régime social actuellement existant. »

Nous avons senti que ces réalités actuelles devaient résulter non de l'usage moyen, mais bien de la norme moyenne. Nous venons de comprendre combien il importe que ces données n'aient qu'une influence discrète sur l'obligation volontaire. C'est en tenant compte de l'ensemble de ces indications qu'il nous paraît possible de proposer cette définition dernière de l'ordre public: « Il est la délimitation, fixée d'après les normes actuellement reconnues, du minimum de licéité et du minimum de socialité, au-dessous desquels l'obligation ne peut pratiquement être maintenue en tant qu'obligation juridiquement valable. »

(1) Gény, *Science et Techniq.*, Ire partie, p. 160.

TROISIÈME PARTIE

La synthèse des éléments générateurs du lien obligatoire

Nous avons déterminé les données qui réalisent la perfection de l'obligation, et qui sont au nombre de trois : la volonté et la cause, qui la créent ; l'ordre public, qui en assure l'efficacité. Nous avons opéré ainsi un démembrement nécessaire de l'obligation, afin de connaître non seulement les éléments dont elle est faite, mais plus encore, le principe de vie, latent en chacun d'eux, et qui leur donne cette puissance d'être constitutifs de l'obligation. Mais après l'analyse, qui suspend la vie, pour la mieux considérer, il faut en venir à la synthèse, qui lui fait reprendre son cours. Si chacune des trois données, que nous avons isolées a, en effet, un sens et une valeur autonomes, leur action est, en fait, appelée à se combiner ; et c'est effectivement de leur puissance, mais de leur puissance réagissante de l'une à l'autre, que résulte l'obligation.

I. — Ceci laisse entrevoir que la proportion de volonté, de cause et d'ordre public, n'est pas toujours identique à elle-même, mais qu'elle varie avec la raison d'être de chaque type obligatoire. Car, bien loin que les besoins pratiques n'exigent, pour leur satisfaction, qu'une seule réalisation obligatoire, ils postulent des applications variées du même principe fondamental.

La conséquence en est différente pour nos trois données.

L'ordre public transforme en acte juridique l'acte économique déjà constitué; il se surajoute à lui, et appartient plus, en somme, à l'interprétation de l'obligation qu'à sa création. Il peut bien varier d'intensité, conformément à sa mission interne, mais ce qui seul nous intéresse ici, c'est de constater qu'il ne varie à peu près pas sous l'influence de la volonté ou de la cause. Il ne concourt pas avec elles ; il les domine, et il échappe à leur action.

Au contraire, la volonté et la cause, forces créatrices de l'obligation, d'origine et de tendance essentiellement différentes, vont entrer sinon en opposition, — puisque leur contenu est destiné à se compléter — du moins en concours, car leur combinaison ne se fait pas toujours au même étiage de leur intensité. La variété des obligations nées d'un fait licite découle de là.

Sans doute, il y a bien un type moyen et particulièrement normal, dans lequel l'équilibre entre la volonté et la cause s'établit sensiblement à égalité d'apport entre leurs deux forces, pour autant qu'il soit possible d'en faire une semblable évaluation : c'est le contrat synallagmatique, dont on peut dire que, par lui, naissent deux obligations réciproques, fondées autant sur un enrichissement que sur un acte de volonté.

Mais, de part et d'autre de ce type moyen, s'échelonnent deux séries d'obligations qui s'en éloignent progressivement ; la première, par un affaiblissement de la volonté et un renforcement parallèle de la cause, parce que ce qui y prédomine c'est la valeur objective et quantitative de l'opération ; la seconde, à l'inverse, par un affaiblissement de la cause, et un renforcement parallèle de la volonté, parce que ce qui y prédomine, c'est l'intérêt subjectif et qualitatif de l'opération. Les deux aboutissements extrêmes sont réalisés, d'une part, par l'enrichissement indu, auquel la volonté fait totalement défaut et qui ne se soutient que par l'enrichissement ; et, d'autre part, par le contrat à titre gratuit, auquel l'enrichissement fait totalement défaut et qui ne se soutient que par la volonté.

II. — Il apparaît ainsi, en premier lieu, que la répartition entre la cause et la volonté est inversement proportionnelle, l'une croissant dans la mesure où l'autre décroît. Et il apparaît, en second lieu, que cette disproportion peut s'accentuer au maximum, jusqu'à présenter deux hypothèses obligatoires inverses, et dans lesquelles il n'y a plus qu'une seule des deux données qui crée l'obligation. On peut dire, d'une façon générale, que le quasi-contrat groupe les obligations exclusivement ou principalement causales, et que le contrat groupe les obligations exclusivement ou principalement volontaires. Que, du reste, le terme même de *quasi-contrat* soit mal choisi, ceci n'est pas douteux; mais, c'est simplement parce qu'il ne met pas assez en lumière le point par lequel le quasi-contrat touche au contrat, et celui par lequel il s'en différencie; et non parce qu'il fait supposer qu'il est un acte juridique voisin du contrat et moins parfait que lui, ne connaissant guère que la loi de la compensation, et ignorant presque totalement le pouvoir et la finesse de la volonté. Rapprocher, par la similitude de leurs effets, le quasi-contrat du contrat, et plus encore, tel quasi-contrat de tel contrat[1], c'est s'en tenir aux apparences; les rapprocher par la communauté de leur fondement, c'est démêler leur vraie nature. « ..... Les contrats, les quasi-contrats et les phénomènes régis par la règle de l'*in rem versum*, écrit M. Gounot, représentent trois groupes de situations différentes, à l'intérieur desquelles entrent en jeu les mêmes principes fondamentaux[2] ».

En sorte que, plutôt que de voir deux séries différentes, — l'une au-dessous, et l'autre au-dessus du type moyen qu'est le contrat synallagmatique —, dans les variétés du quasi-contrat et du contrat, il faut trouver en elles deux fractions d'une même série. Si nous négligeons, en effet, les hypothèses dans lesquelles la volonté, très faible, disparaît devant l'ordre public, très fort, et

(1) V. Pothier, *Œuvres*, t. II, p. 57. — V. art. 1372 C. civ.
(2) *Op. cit.*, p. 367, note 3.

qui ne doivent pas, par conséquent, être considérées comme rentrant dans les cadres de l'obligation d'ordre privé, mais bien dans ceux de l'obligation légale, ainsi qu'il arrive, par exemple, dans l'accession ou dans la tutelle, il reste une série d'obligations, strictement quasi-contractuelles ou contractuelles, et entre lesquelles il est rationnel d'établir un échelonnement progressif. On y passe insensiblement du pur matérialisme au pur spiritualisme ; de l'obligation brutale et massive, qui n'a, pour se justifier, que la matérialité même d'un déséquilibre, à l'obligation souple, et faite de détails ingénieux, qui s'efforce de faire tenir dans une pensée la raison de ce déséquilibre.

III. — C'est en suivant cette gradation, que nous saisirons la vraie synthèse des éléments générateurs de l'obligation née d'un fait licite, parce que nous verrons comment la réalisent les principaux de ses types : L'enrichissement indu, où l'enrichissement est tout — Le paiement de l'indu, où un fait déjà est voulu — La gestion d'affaires, où, pour la première fois, c'est l'obligation qui est voulue — Le contrat à titre onéreux, avec ses infinies variétés, dans lesquelles le principe de l'enrichissement existe encore, mais alors que la volonté s'affirme de plus en plus forte — Le contrat à titre gratuit, enfin, où n'émerge plus que le vouloir.

Cependant, l'obligation n'en est pas moins toujours, à la fois, un lien entre des personnes et un rapport entre des choses. Elle est donc faite d'un accord entre les intérêts subjectifs d'un créancier et d'un débiteur, et d'un équilibre entre les consistances objectives de leurs patrimoines respectifs. Alors même que cet intérêt subjectif s'abaisse au point que ce qui l'exprime ne peut plus être appelé une volonté, et alors même que cette consistance objective s'efface au point que ce qui la révèle ne peut plus être appelé une cause, il convient cependant, dans toute obligation, de considérer l'une et l'autre des deux données, car elles ont, au moins, ce rôle minimum qui consiste à faire sentir pourquoi elles n'ont pas de rôle. Dans

cette incertitude sur l'intensité de leur réalisation effective, nous partirons de l'aspect le plus général de la force psychologique et de la force matérielle, et nous envisagerons successivement, dans chaque obligation, l'*élément subjectif*, puis, l'*élément objectif*.

CHAPITRE PREMIER

L'enrichissement indu

Le terme d'*enrichissement sans cause,* par lequel on désigne couramment la première obligation que nous rencontrons, prête à un malentendu, puisque ce terme doit justement caractériser le type obligatoire dans lequel le rôle de la cause est le plus accusé. Ceci vient uniquement de ce que le mot « cause » est rapporté, à tort, à la livraison de valeur faite par l'enrichisseur, qui, par hypothèse est « sans cause », et non à l'obligation de l'enrichi qui a pour cause cette livraison de valeur. Afin d'éviter toute confusion possible, nous parlerons toujours d'*enrichissement indu.*

L'hypothèse théorique est simple : Une partie, par son activité, appauvrit son propre patrimoine et enrichit parallèlement le patrimoine d'une autre partie, sans avoir ce résultat pour but. Les hypothèses pratiques sont souvent plus complexes. A côté de cas évidents, comme le sont ceux, par exemple, du tiers détenteur qui fait des améliorations à l'immeuble hypothéqué ; de l'envoyé en possession qui accroît les biens de l'absent ; de l'époux qui, au cours de la communauté, enrichit celle-ci de la valeur d'un bien propre ; et dans lesquels le fondement de l'indemnisation ou de la récompense ne peut faire de doute ; il en est d'autres qui sont plus délicats, soit parce que l'absence de droit chez l'enrichi n'est pas évidente, soit parce que le lien de causalité entre l'appauvrissement et l'enrichissement n'est pas certain. C'est la question qui se pose, par exemple, en ce qui concerne la plus-

value des terres arables : dans quelle mesure celle-ci est-elle due au fermier, qui aurait alors droit à une indemnité ; dans quelle mesure n'est-elle qu'un dérivé de la rente du sol, qu'a définie Ricardo[1] ?

Lorsqu'il sera établi, d'une part, qu'un rapport de cause à effet existe entre l'appauvrissement d'un patrimoine et l'enrichissement d'un autre — c'est la réalisation de la cause — et que, d'autre part, cet enrichissement est sans droit pour l'enrichi, parce que sans fondement, soit dans un appauvrissement antérieur de sa part, soit dans une intention libérale de la part de l'enrichisseur — c'est la consolidation de la cause — il y aura enrichissement indu, et il apparaît que l'enrichi en devra restitution à l'enrichisseur[2].

Une obligation naît donc. Elle peut, du reste, ne pas demeurer la seule. Les différents quasi-contrats, en même temps qu'ils engendrent une obligation principale, que sanctionne une action directe, peuvent engendrer une obligation réciproque secondaire, que sanctionne une action contraire. Cette action, qui appartient éventuellement au débiteur de l'obligation principale, n'a pas nécessairement, nous le verrons, les caractères parallèles et inverses de l'action directe. Mais, dans l'enrichissement indu, il en est ainsi, et il nous suffit, pour voir le jeu des principes, d'envisager la seule obligation principale naissant à la charge de l'enrichi.

Que sont ici les deux éléments qui peuvent créer l'obligation ? C'est ce que nous allons essayer de déterminer, en envisageant les manifestations de l'élément subjectif, et les manifestations de l'élément objectif.

Section I. — Valeur de l'élément subjectif

Considérons successivement l'existence d'un élément subjectif chez l'enrichisseur et chez l'enrichi.

(1) V. Bourguin, *Revue politiq. et parlement.*, février 1900.
(2) Cf. Ripert, *Rev. critiq.*, 1907, p. 207. — *Jurisprud.* depuis 1892.

I. — Chez l'enrichisseur, l'élément subjectif se réduit à une activité individuelle. Sans doute, qui dit activité dit aussi volonté d'agir, et il semblerait que dès qu'il y a une activité effective, il existe à sa base une volonté qui en est, non seulement le principe, mais la mesure. Ce serait donc, en tout cas, cette volonté qui importe.

Mais comment apparaît-elle ici ? Un envoyé en possession fait une amélioration sur les biens d'un absent : voilà l'activité individuelle. Il réalise cette amélioration dans le but de tirer une plus grande jouissance de ces biens : voilà la volonté qui est à la base de cette activité.

Or, cette volonté a une limite certaine, qui est l'intérêt exclusif de son auteur. Celui-ci ne se propose qu'une modification du statut actuel des biens en sa faveur, et non de leur consistance future, en faveur du retour éventuel de l'absent ; car, s'il en allait ainsi, nous serions en présence d'une gestion d'affaires ou d'une donation. Le retour de l'absent n'est pas même une condition dont l'agent affecte son acte, ou une simple considération qui influence son vouloir. Il est un événement totalement extérieur à son activité, et dont la survenance vient modifier les résultats. L'accroissement de jouissance provisoire, qui avait été voulu au profit d'un premier patrimoine, se convertit en un enrichissement indu, qui n'a pas été voulu, au profit d'un second patrimoine. Peut-on, alors, trouver à l'obligation engendrée par cet enrichissement indu un appui dans l'élément subjectif, c'est à dire dans la signification de l'activité qui a été déployée ?

Evidemment, cette activité doit être nommée une activité volontaire. Il le faut, du reste, pour demeurer dans le domaine du quasi-contrat [1], puisque l'obligation qui ne contient pas un minimum de volonté individuelle est nécessairement une obligation légale. Mais peut-on dire que cette volonté engendre l'obligation, comme il arrive dans le contrat ? Assurément non. Il y a

(1) V. Art. 1371 *C. civ.* — *Code italien*, art. 1140.

une interruption entre la volonté et l'obligation, une discontinuité entre cet antécédent et ce conséquent : c'est l'intervention d'un fait étranger à la volonté de l'agent ; c'est, dans notre hypothèse, le retour de l'absent. La volonté va jusque là et s'évanouit. Or, c'est ce fait là aussi qu'il aurait fallu vouloir, pour que l'on puisse supposer que la volonté ait effet sur l'obligation, puisque c'est de l'intervention de ce fait que découle l'obligation. En un mot, ce qui est seulement voulu, c'est l'activité avec un certain résultat matériel, mais non l'effet de droit qu'un événement postérieur et inconnu ou qu'une simple situation ignorée — telle que l'erreur sur le bénéficiaire de la valeur produite — va susciter à l'occasion de cette activité. On ne peut donc pas songer à présenter la volonté comme un *principe direct* de l'obligation.

II. — Afin de réserver un rôle à la volonté, il fallait s'efforcer d'en faire simplement, pour ainsi dire, un *principe indirect* de l'obligation ; c'est ce qui a été tenté dans la théorie de la *gestion d'affaires anormale*, principalement soutenue par Demolombe[1] et par Laurent[2]. La volonté n'aurait-elle pas, dans l'enrichissement indu, un rôle très affaibli, mais semblable au rôle déjà amoindri qu'elle possède dans la gestion d'affaires ?

Dans l'une et l'autre opération, il s'agit d'un enrichissement que l'activité d'une partie fait acquérir à une autre partie. Dans l'un et l'autre cas, cet enrichissement est consécutif à une activité volontaire. La seule différence qui les sépare, concerne non l'existence, mais l'étendue du vouloir. Dans la gestion d'affaires, l'agent est averti de l'appartenance indubitable du bien géré à autrui, et son vouloir porte, à la fois, sur la gestion et sur la gestion en faveur d'autrui. Dans l'enrichissement indu, au contraire, l'agent est dans l'ignorance ou dans l'erreur quant à l'attribution définitive de la plus-value qu'il crée, et son vouloir

(1) *Cours de Code Napoléon*, t. XXXI, n° 49.

(2) *Principes de droit civ. français*, t. XX, n° 333. — V. aussi Larombière, *Théorie et pratique des obligat.*, t. VII, art. 1375, n° 14, p. 448.

n'englobe que la production de cette plus-value. La situation n'en est pas moins la même, et l'effet moins immédiat de la volonté peut seulement être considéré comme moins normal.

Cette assimilation de l'enrichissement indu et de la gestion d'affaires, reposant sur ce postulat qu'il n'y a pas de différence essentielle entre le fait de se trouver avoir agi pour autrui et le fait d'avoir agi volontairement pour autrui, est inadmissible. On ne peut pas dire que le même résultat est atteint indirectement par la volonté, dans le premier cas, tandis que dans le second, il est atteint directement par elle. Si l'on peut concevoir que l'obligation qui incombe au géré émane, au moins pour partie, de la volonté qu'a le gérant de lui faire acquérir un avantage non gratuit, on ne peut certainement pas supposer que l'obligation qui incombe à l'enrichi, dérive de la volonté qu'aurait eu l'enrichisseur de lui faire acquérir un avantage non gratuit. Sous peine de faire de l'acte de l'enrichisseur un acte dépourvu de raison, il faut convenir que l'enrichissement d'autrui échappe au contenu de sa volonté.

De ce point de vue, nous sommes bien en présence de l'hypothèse qui doit prendre rang à la base de l'échelle des obligations nées d'un fait licite. Elle contient une manisfestation de volonté individuelle à la fois assez certaine pour qu'elle ne soit pas une obligation légale, et assez restreinte pour qu'elle soit une obligation purement causale.

III. — Mais, afin d'être confirmé dans cette manière de voir, il faut rechercher si chez l'enrichi non plus il n'existe pas un élément subjectif. Son action se légitimerait de soi, car évidemment, la volonté qui importe, c'est, en principe, la volonté émanant de celui qui s'oblige.

Or, précisément ici, l'enrichissement qui provoque l'obligation est antérieur à toute manifestation de volonté possible de sa part. Par hypothèse, il ne facilite ni n'empêche son enrichissement. Celui-ci lui est acquis, en dehors de lui.

On ne peut concevoir, de sa part, qu'une reconnaissance ou qu'une dénégation de ce fait. Mais, l'une et l'autre de ces deux positions sont étrangères à l'obligation. Sa dénégation peut seulement être la source d'une obligation délictuelle distincte.

IV. — Ainsi, de la part de l'enrichi, comme de la part de l'enrichisseur, aucune volonté juridique, aucun engagement n'existe, qui soit susceptible de modeler l'obligation. Le seul élément d'ordre subjectif que présente l'enrichissement indu, c'est une activité volontaire. Indifférente en tant que volontaire, elle ne subsiste qu'en tant qu'activité, c'est à dire qu'en tant que valeur objective.

Section 2. — Valeur de l'élément objectif

Il n'est, de toute évidence, qu'une seule manifestation d'activité : celle de l'enrichisseur ; c'est l'hypothèse même de cet enrichissement, indu parce que sans compensation, c'est à dire dans lequel il n'y a qu'un seul transport de valeur. Nous n'avons donc à envisager qu'un seul fait matériel : celui qui a pour origine l'appauvrissement d'une partie, et, pour aboutissement, l'enrichissement de l'autre. Quel sens donner à cet acte, qui est le seul soutien d'une obligation ?

I. — Une première explication a été présentée, qui pressent la réponse, sans l'atteindre : le fondement de l'obligation, c'est l'équité, c'est à dire ce sentiment très sûr, quoique mal définissable, de l'injustice qui serait consacrée si on ne reconnaissait point une obligation. C'est, nous dit Domat, un « effet de l'ordre divin, » qui rend obligatoire l'engagement qui se forme sans convention [1].

Réponse sans valeur, parce qu'elle est sans justification rationnelle, et par conséquent, sans précision suffisante. Cette

(1) *Lois civ.*, L. II, p. 409 — V. Sroïcesco, *De l'enrich. sans cause.*

équité n'a pas de mesure. Exige-t-elle que l'obligation soit égale à l'appauvrissement de l'enrichisseur ou à l'enrichissement de l'enrichi ? On ne saurait le dire.

Mais cette imprécision ouvre, peut-on croire, la voie à la vérité, car il demeure que la base de cette équité est le fait d'un transport de valeur, non compensé ; il lui manque seulement d'en interpréter le sens avec sécurité [1].

II. — Une seconde explication outrepasse, au contraire, la vérité. La logique de la théorie de M. Planiol [2] ne peut être, en effet, que la suivante : Le fait initial, celui qui est la première origine de l'obligation, celui qui le premier, par conséquent, éveille l'idée d'une compensation, c'est l'appauvrissement de l'enrichisseur. C'est donc lui déjà qui est indu. Mais à lui se superpose l'enrichissement de l'enrichi, c'est à dire la conservation, et comme la consolidaton de cet émolument ; et cet affermissement d'une prestation indue n'est pas seulement indu, mais est délictuel. L'obligation délictuelle qui, elle aussi, est faite d'un élément psychologique et d'un élément matériel, se trouve constituée de la façon suivante : L'élément psychologique, générateur de responsabilité, c'est la volonté de détenir la valeur appartenant à autrui ; ceci détermine le débiteur de l'obligation, qui est l'enrichi. L'élément matériel, c'est le déplacement même de la valeur indue ; ceci détermine le quantum de l'obligation, qui est égal au montant de l'appauvrissement de l'enrichisseur. En d'autres termes, en l'espèce, l'acte subjectif de responsabilité et l'acte objectif d'activité sont exceptionnellement dissociés ; le premier existant chez l'enrichi ; le second, chez l'enrichisseur. Mais rationnellement ils se réunissent et forment une obligation qui, d'une part, est délictuelle et à la charge de l'enrichi ; qui, d'autre part, a pour étendue tout ce dont s'est appauvri l'enrichisseur.

Mais, de même que M. Planiol s'efforce en vain de réduire

(1) V. Pothier, *Op. cit.* — S. 93, 1, 281. — 1901, 1, 193. — D. 92, 1, 596. — 1900, 1, 455.

(2) *Traité élément.*, t. II, n° 811. — *Rev. critiq.*, 1904, p. 224.

tous les quasi-contrats à l'enrichissement indu, son effort pour ramener, à son tour, ce dernier à l'obligation délictuelle semble échouer.

De deux choses, l'une : Ou bien il estime possible cette réduction par l'idée générale que le fait d'être débiteur d'une certaine somme est délictuel, et alors ce sera le caractère de toutes les obligations. Il faudra abandonner toute classification entre elles, et finir par les déclarer toutes obligations légales, puisqu'elles n'ont, en somme, de valeur en droit positif que par la volonté ou, au moins, la permission de la loi. Mais ceci, c'est négliger les éléments d'existence de l'obligation, en faveur des conditions de leur validité. C'est ne voir que l'enveloppe de légalité ou d'ordre public et ignorer son contenu : la volonté et la cause.

Ou bien, il estime possible cette réduction, dans l'hypothèse particulière d'enrichissement indu parce qu'il y découvre effectivement les principes de l'obligation délictuelle ; mais cette conception semble tendancieuse. On ne peut pas dissocier le fait subjectif et le fait objectif, dans l'obligation ; il faut qu'ils coexistent chez le débiteur. Or, le fait psychologique qui existe chez lui est en réalité, nous le savons, réductible à un néant. On ne saurait l'appeler la volonté, ni même la simple conscience[1] de détenir la valeur appartenant à autrui, nécessaire pour soutenir l'idée de responsabilité. Quant au fait matériel, il est, non pas l'appauvrissement de l'enrichisseur qui lui est encore étranger, mais son propre enrichissement, c'est à dire la pénétration d'une valeur dans son patrimoine. C'est cette unique donnée, toute matérielle et toute licite, qui subsiste seule ; et c'est en elle qu'il faut bien trouver le principe et la mesure de l'obligation.

III. — La première explication proposée, qui était fondée sur l'équité, avait le tort de ne pas atteindre assez catégoriquement

(1) V. Teisseire, *Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité*. Th. Aix. Paris, A. Rousseau, 1901. p. 329, *in fine*. — V. aussi Domat, *Lois civ.*, L. II, t. VII, sect. 1, p. 463.

l'enrichissement. La seconde, qui est fondée sur le délit, a le tort de le dépasser. La voie nous est tracée : nous devons nous en tenir à cet enrichissement, et chercher uniquement à l'interpréter.

Mais, cet enrichissement, seul susceptible de fonder l'obligation, ne doit-il pas posséder une valeur plus grande ici que celle qu'il lui suffit d'avoir, lorsqu'il entre en concours avec une volonté ? Peut-on l'appeler simplement une cause ? N'est-il pas, en quelque manière, une cause accentuée et perfectionnée ?

C'est à quoi se ramène la démonstration de MM. Ripert et Teisseire, dans leur ingénieuse théorie[1]. Elle attire, dès l'abord, précisément par cette apparence de logique qu'il y a, à supposer que, lorsqu'exceptionnellement une obligation ne résulte que du seul principe matériel, celui-ci est, pour ainsi dire, renforcé ; il n'est plus proprement une cause, mais une cause complétée par un minimum nécessaire d'intellectualité anormalement incorporé à elle. Le principe qui fonde l'obligation de l'enrichi n'est pas une simple cause ; il est un peu davantage ; il est un « risque ». Que contient ce concept ?

La cause déjà, bien évidemment, c'est à dire l'énergie, la nécessité compensatoire, incluse dans une prestation, et capable de solliciter quantitativement l'obligation.

Mais il contient aussi le fait que cette prestation se déplace dans certaines circonstances, qu'elle possède un certain caractère qui définit son passage du patrimoine qui s'appauvrit au patrimoine qui s'enrichit. Normalement, cette donnée échappe totalement à la question de quantité, à la cause. C'est la volonté qui tient incluse en elle cet autre problème de but et de direction, de subjectivisme et de qualité. Mais ici, la volonté fait défaut et il faut bien rattacher à la cause, seule existante, ce qui subsiste de cette donnée. Ce trait particulier que le risque ajoute à la cause est, dans le domaine de l'activité licite, l'antithèse de ce

(1) *Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause. Rev. trim. droit civ.*, 1904, p. 727-796.

qu'est la responsabilité dans le domaine de l'activité illicite. L'activité d'un individu n'emporte plus, avec elle, le risque de causer un dommage à autrui, mais celui de lui causer un bénéfice. Dans l'un et l'autre cas, une partie agit et l'effet de son action est une modification de la consistance du patrimoine d'autrui, sans l'intervention de ce dernier. Dans l'un et l'autre cas, une obligation doit naître. Dans l'hypothèse de délit, il y a appauvrissement indu du patrimoine étranger ; l'agent sera, dans cette mesure, débiteur d'autrui : il a encouru une responsabité défavorable. Dans l'hypothèse d'enrichissement indu, il y a accroissement indu du patrimoine étranger ; l'agent sera, dans cette mesure, créancier d'autrui : il s'est créé un risque favorable. En un mot, l'activité individuelle, dès qu'elle atteint le patrimoine d'autrui, se traduit nécessairement par une balance, déterminatrice d'une obligation, tantôt à la charge et tantôt au profit de l'agent. Mais ce qui crée l'obligation, ce n'est pas la prestation même, c'est la tendance, c'est la force qui est incluse en elle.

IV. — La théorie de MM. Ripert et Teisseire, inverse de celle de M. Planiol, possède, à l'opposé de celle-ci, une double conséquence satisfaisante. L'obligation dérive d'un seul fait : le transport d'une valeur dans le patrimoine de l'enrichi. Et elle a pour mesure le montant de l'enrichissement réalisé par ce transport.

Mais ce double résultat, c'est exactement celui qu'entraîne la cause, ramenée à son vrai rôle, et l'idée de risque est, en tout cas, superflue.

Si elle exprime le sens du déplacement de valeur, l'orientation qui le guide, elle est inutile. Cette donnée n'intéresse pas l'obligation : alors même qu'il existe un élément psychologique autonome — une volonté — celle-ci néglige l'intention du vouloir, pour ne contenir que la qualité de l'engagement.

Si elle prétend ajouter à la prestation l'idée de force créatrice de cette prestation, elle est inutile encore : la cause est précisé-

ment, ainsi que nous nous sommes efforcé de l'établir, ce groupement en un même élément de la consistance économique d'un enrichissement et de la puissance obligatoire que lui donne son déplacement. Pour arriver au même résultat, le risque présente sur la cause une double infériorité. D'abord, il imagine une force tout exceptionnelle, réalisée dans le seul enrichissement indu, et donc factice, puisqu'en réalité l'enrichissement indu n'est pas si dissemblable des autres obligations nées d'un fait licite qu'il faille le croire constitué par des principes nouveaux.

Ensuite, il fonde cette force génératrice d'obligation sur une considération intellectuelle et qualitative — le risque — qui ne peut pas légitimement s'adapter au fait tout matériel et tout quantitatif du déplacement de valeur [1].

V. — La cause est la force générale, objective et quantitative, que nous avons vu se dégager de l'enrichissement matériel. Perdrait-elle donc, quand elle est seule, la valeur indépendante qu'elle a lorsque la volonté l'accompagne ? La logique attend plutôt, en cette hypothèse, son renforcement. La cause et la volonté ne constituent pas une combinaison qui soit nécessaire à la création de l'obligation. Elles sont deux principes autonomes qui apportent, séparément, à l'obligation leurs vertus propres : la volonté, son énergie subjective et qualitative ; la cause, son énergie objective et quantitative. L'obligation la plus normale et la plus complète est faite de ces deux forces, et elle possède les deux séries de caractères. Mais une obligation peut n'être faite que de l'une d'elles, et elle ne possède qu'une seule série de caractères. C'en est ici une démonstration : une obligation naît à la charge de l'enrichi et dans la mesure de son enrichissement ; c'est la cause, et la cause seule, qui l'explique.

Que, par ailleurs, cette obligation existe au profit de l'enri-

(1) Cette conception concorde avec la tendance signalée à intellectualiser la cause et à voir en elle « l'appréciation d'une quantité » ou « un but immédiat ». V. *supra*, p. 127 et suiv.

chisseur, par suite du risque favorable qu'il encourt, la chose peut être présentée ainsi ; mais ceci n'est qu'une figuration, et non une analyse. Le droit de l'enrichisseur, c'est à dire la contre-partie de l'obligation de l'enrichi, ne s'explique lui-même que par la cause. Celle-ci est l'énergie que dégage une valeur en se déplaçant : son point de départ devient le droit d'un créancier, en même temps que son aboutissement devient l'obligation d'un débiteur [1].

Et la cause, qui est bien le principe rationnel de l'enrichissement indu, résume en elle toutes les conditions qui ont été exigées pour qu'il entraîne une obligation. Elle contient, en effet, cette double précision qu'il est inutile d'individualiser : un lien de causalité entre l'enrichissement et l'appauvrissement; et une absence de juste cause, pour l'enrichi, de conserver l'enrichissement. Ce ne sont là que des insistances sur deux nécessités du fonctionnement de la cause.

VI. — La première exigence est la paraphrase même de la naissance de l'énergie causale. Si nous disons, en effet, que l'obligation a pour principe non l'enrichissement, mais la cause, c'est pour signifier précisément que ce qui peut créer l'obligation, ce n'est point une valeur économique considérée d'une façon abstraite, c'est la force juridique que produit cette valeur économique lorsqu'elle est mise en activité, lorsqu'elle est transportée d'un patrimoine qui s'en appauvrit à un patrimoine qui s'en enrichit. C'est donc directement de la cause que vient cette nécessité déterminatrice du montant de l'obligation, à savoir qu'il est égal au quantum de l'enrichissement, mais seulement dans la mesure où cet enrichissement est la transformation d'un appauvrissement.

Ainsi, de même que par suite d'une diffusion de valeur, l'enrichissement peut être inférieur à l'appauvrissement [2], de même

(1) Cf. Art. 70 Code fédér. suisse des obligat. — Art. 812 C. civ. all.
(2) *V. supra*, pp. 135-136.

celui-ci peut être inférieur à l'enrichissement, qui se trouve résulter, à la fois, de cet appauvrissement et d'un fait extérieur quelconque. Il en serait ainsi, par exemple, dans le cas de l'apparition d'une source et de l'organisation de son débit ; le premier fait est un accroissement, non générateur d'obligation ; le second seul peut engendrer un enrichissement indu et ce n'est que dans sa mesure que naîtra l'obligation. En sorte que pratiquement, on peut dire que le montant de l'obligation est fixé par une double limite : il est égal à celle des deux sommes qui est la plus faible de la valeur de l'enrichissement et de la valeur de l'appauvrissement. Telle est la seule portée concevable de l'exigence du lien de causalité.

VII. — Il faut en conclure que dès qu'un enrichissement, corrélatif à un appauvrissement, s'est fixé dans un patrimoine, l'obligation naît. Il est donc illégitime de chercher une nouvelle autonomie au lien de causalité, en lui donnant pour caractère d'être seulement réalisé par ce qu'on a appelé une « activité anormale » de l'enrichisseur.

On entend distinguer par là l'activité correcte, qui s'équilibre dans son propre sein, et qui ne saurait, par conséquent, être provocatrice d'une obligation à la charge d'autrui, alors même que celui-ci en retire un certain avantage ; et puis, cette activité incorrecte, qui empiète catégoriquement sur le patrimoine d'autrui, lui procurant un avantage principal, et qui doit donc, pour s'équilibrer, le rendre débiteur d'un enrichissement indu.

Lorsque, par exemple, Primus faisant des frais pour démolir un hangar qui masque sa propriété, il se trouve que ce fait donne, en même temps, une plus-value au fonds voisin appartenant à Secundus, aucune obligation ne naît cependant chez Secundus en faveur de Primus ; c'est que, nous dit-on, celui-ci a agi normalement ; son activité s'équilibre en dehors d'autrui, par la compensation entre la dépense exposée par l'agent et le résultat obtenu par lui. On en conclut que la seule

activité qui puisse engendrer une obligation par enrichissement indu, c'est l'activité anormale, c'est à dire celle qui exprime un déséquilibre entre la dépense exposée et le bénéfice retiré. Dans ce cas, en effet, l'appauvrissement de l'enrichisseur a pour compensation un enrichissement qui se fixe, non dans son propre patrimoine, mais dans celui de l'enrichi. Il faut reconnaître ce rapport créé entre eux, et c'est l'obligation.

Ce nouveau raisonnement exprime simplement avec de nouveaux mots la complexion de la cause. Il établit que l'enrichissement acquis par un patrimoine n'est générateur d'obligation que s'il est un appel à la compensation, c'est à dire une cause. Il nous explique que si cet enrichissement n'est pas la transformation d'un appauvrissement, il est sans énergie créatrice ; il est une plus-value gratuite.

Mais il n'y a pas lieu, pour en arriver là, de parler d'activité normale ou anormale, et de chercher un criterium d'ordre qualitatif qui n'est pas légitime ici. Il suffit de distinguer l'émolument créateur d'obligation, c'est à dire la cause, de l'émolument non créateur qui est le simple enrichissement.

Et ceci permet de résoudre l'hypothèse envisagée. Nous voyons en elle l'enrichissement d'un tiers, évidemment engendré par l'appauvrissement corrélatif d'une partie agissante : voilà les traits extérieurs d'une cause. En recèlent-ils l'énergie ? Evidemment non, car cet enrichissement n'est pas la transformation de l'appauvrissement ; il n'a pas charge d'être sa compensation, celle-ci existe par ailleurs. Il est un supplément de richesse produite, le débordement de profit réalisé par l'opération de l'agent, et cette base est trop fragile pour soutenir une obligation. Primus expose des frais pour la démolition d'un hangar : voilà le premier terme de son activité ; le second, celui qui la rend parfaite, en l'équilibrant, c'est le résultat poursuivi, la plus-value recherchée en faveur de son fonds. Aucune obligation ne naît à la charge de Secundus : il s'enrichit du fait de l'agent, mais il ne s'enrichit pas indûment envers lui, car l'avantage qu'il retire n'est pas rat-

taché à l'appauvrissement de Primus par ce lien de causalité immédiat et direct qui est contenu dans la cause.

VIII. — Et nous arrivons par là à reconnaître que la seconde condition que l'on prétendait poser à l'existence de l'obligation par enrichissement indu, est superflue comme la première, parce que, comme elle, elle est déjà contenue dans la cause. Il n'y a pas davantage sujet d'exiger l' « absence de juste cause de conserver l'enrichissement » qu'il n'y a sujet de stipuler un « lien de causalité » individualisé.

Cette juste cause, en effet, ne peut servir à qualifier que l'enrichissement qui, selon la formule de MM. Colin et Capitant, puise sa source « dans un acte juridique, qui en légitime l'acquisition[1]. » Tel serait le gain que peut réaliser l'assuré par la reconstruction faite par l'assurance des bâtiments incendiés. Mais ce résultat est précisément la conséquence de la différence qui sépare l'enrichissement déjà compensé, qui éteint une obligation antérieure : c'est le paiement; et l'enrichissement non compensé, qui crée une obligation nouvelle : c'est la cause. Tandis que le premier n'emporte pas avec lui une tendance à retourner vers le patrimoine dont il est sorti, mais légitime son acquisition par un nouveau patrimoine ; la seconde exprime cette tendance et contredit cette acquisition. C'est pourquoi naît une obligation, et qui est égale à la consistance de l'enrichissement. Il n'y a donc pas d'utilité à déterminer la cause de conserver l'enrichissement, c'est à dire le droit, puisque nous connaissons la face inverse et symétrique du problème : la cause de restituer l'enrichissement, c'est à dire l'obligation.

IX. — Ajoutons seulement que la compensation antérieure, qui empêche l'enrichissement de devenir une cause, doit être entendue largement. Une compensation effective, c'est à dire un bénéfice de l'enrichisseur égal à son appauvrissement, n'est pas

(1) *Cours élément.*, t. II, p. 408.

requise. Il suffit que ce bénéfice soit virtuellement ou théoriquement déterminable et qu'il ait été posé comme étant l'équivalent de l'appauvrissement ; car, dès cet instant, l'enrichissement du tiers ne peut plus être considéré comme la contre-partie de l'appauvrissement de l'agent ; il est rejeté du contenu total de l'opération. Ainsi, pour reprendre notre exemple, que Primus recueille ou non de la démolition effectuée l'avantage qu'il désire, il suffit que cet avantage, rationnellement concevable, ait été établi comme résultat de l'opération — quelle qu'en doive être la réalisation postérieure — pour qu'il soit tout l'équivalent de l'appauvrissement exposé. Le lien juridique, sinon le lien matériel, est, a priori, formellement interdit entre l'enrichissement du tiers et l'appauvrissement de l'agent, au sens que résume la cause, et l'obligation ne peut pas être engendrée.

X. — Nous avons donc le droit de conclure que l'obligation qui a sa source dans l'enrichissement indu, découle d'un seul élément : la cause, qui repose, selon sa mission normale, sur l'énergie créatrice qu'acquiert un enrichissement, non compensé, du fait qu'il émane d'un patrimoine et se fixe dans un autre.

L'étendue de l'obligation dérive, à son tour, du principe de cause suffisante. Son contenu, qui est généralement imprécis parce que la volonté pèse sur lui et autorise une moindre adéquation entre l'enrichissement et l'obligation, retrouve son exactitude mathématique, ici où il n'est pas en concours avec la volonté. Comme c'est la chose elle-même qui se compense le plus parfaitement, c'est l'objet même dont on s'est enrichi, ou, à son défaut, sa stricte valeur, qui doit être restitué.

XI. — Un complément utile est fourni par l'ordre public. Nous avons vu qu'il a ce premier rôle d'affermir les intérêts privés en balance, lorsqu'ils sont trop inconsistants. Dans l'enrichissement indu, où la volonté n'a aucune part, il représentera le statut subjectif qui n'apparaît pas dans un vouloir. Il sera la révélation de

la bonne ou de la mauvaise foi, et il déterminera ces données qui ne font que se rattacher indirectement à la cause, sans être totalement réglementées par elle : les intérêts et les fruits. Mais cette question se posera avec beaucoup plus de netteté dans le paiement de l'indu, obligation déjà moins matérielle, et c'est alors que nous en verrons les véritables termes.

Nous pouvons conclure que l'enrichissement indu, ce premier échelon des obligations nées d'un fait licite, est le résultat d'un seul élément créateur : la cause. Son essence est strictement quantitative ; sa portée, totalement objective.

CHAPITRE II

Le paiement de l'indu

Le paiement de l'indu est réalisé par l'hypothèse suivante : Une partie acquitte, par erreur, entre les mains d'autrui, une dette qui est inexistante entre eux. Ce fait engendre évidemment une obligation de restitution à la charge de l'*accipiens*, en faveur du *solvens*. Quant à l'obligation secondaire, qui peut naître éventuellement à la charge du *solvens*, en faveur de l'*accipiens*, elle ne saurait être qu'une application de l'enrichissement indu ou de la gestion d'affaires. Nous n'avons donc à envisager ici que la première obligation, qui seule possède une individualité. Recherchons quelle est la nouvelle combinaison, faite en son sein, de l'élément subjectif et de l'élément objectif.

Section I. — Valeur de l'élément subjectif

I. — Il existe, sans nul doute, une manifestation d'ordre psychologique chez le *solvens*, puisque c'est volontairement qu'il acquitte une dette envers autrui. Est-ce là une simple activité volontaire, au sens où nous en avons trouvé une dans l'enrichissement indu, c'est à dire uniquement une expression du libre arbitre individuel, révélant le pouvoir de se déterminer à agir ? Non, c'est quelque chose de plus : c'est l'expression d'un vouloir non seulement existant, mais déterminant, et dont le but est effectivement l'accroissement de richesse d'un patrimoine étranger. Contrairement à ce qui se passe dans les rapports d'enrichisseur à enrichi, l'attribution de valeur du *solvens* à l'*accipiens*

est contenue dans l'acte de volonté du *solvens*. C'est là le premier trait de la volonté juridique, qui doit vouloir le fait matériel d'où découlera l'obligation.

Mais, pour que cette volonté soit créatrice par elle-même, il faut qu'elle veuille ce fait matériel, et qu'elle le veuille en tant qu'obligatoire, à son détriment. Nous savons, en effet, que la volonté juridique doit être l'engagement d'un débiteur.

Si elle définit le transport de valeur qu'elle décide d'accomplir comme une prestation non encore compensée, et qui devra l'être, elle est une volonté créancière, qui ne peut que solliciter l'obligation, sans la créer : telle est la volonté du vendeur, en tant qu'il veut recevoir le paiement du prix.

Si, au contraire, elle définit le transport de valeur qu'elle décide d'accomplir comme une contre-prestation, réalisant précisément la compensation due à une prestation antérieurement reçue, elle est bien une volonté débitrice, mais qui veut non s'engager, mais se dégager, et elle ne peut encore que solliciter l'extinction de l'obligation préexistante : telle est la volonté de l'acheteur, en tant qu'il veut donner le paiement du prix. Dans le premier cas, la création de l'obligation, comme, dans le second, son extinction, sont dues, en définitive, à la cause. Or, nous nous trouvons ici dans le second cas : le *solvens* veut le transport des deniers dans le patrimoine de l'*accipiens*, et il entend, par là, éteindre la dette prétendue qu'il lui doit. Il y a, par conséquent, chez lui volonté juridique d'éteindre, et non de créer une obligation.

II. — Mais, le paiement de l'indu suppose, par hypothèse, l'existence d'une circonstance particulière, d'ordre subjectif et qualitatif, donc se référant à la volonté, et qui est l'erreur du *solvens* : il croit à l'existence de la dette qu'il vient d'acquitter, alors que celle-ci n'existe pas. Le résultat de ce vice capital est de détruire la conclusion à laquelle nous venions d'aboutir : la volonté de payer n'est pas saine, et elle n'engendre aucun effet.

Elle est totalement inefficace : elle n'est l'élément ni de l'extinction, ni de la création d'aucune obligation. Le seul élément actif qui subsiste, c'est un fait matériel : le paiement d'une dette non due ; mais ceci c'est le contenu de l'élément objectif, que nous ne considérons pas ici.

Cependant, cette volonté inefficace n'est pas, de tous points réductible à une volonté inexistante, comme l'est celle de l'enrichisseur, au point de vue de l'obligation. Il faut seulement retenir qu'elle n'a pas d'effet positif.

Dans l'enrichissement indu, il n'y a strictement que la cause pour faire comprendre l'obligation, et tout doit dériver d'elle, même cette révélation de non compensation antérieure, que certains ont, à tort, isolée sous le nom d'absence d'une juste cause de conserver l'enrichissement. Dans le paiement de l'indu, au contraire, l'existence de l'erreur allège la cause de cette charge. La volonté erronée, précisément parce qu'elle est erronée, pose une certitude intellectuelle, et non plus matérielle, que le paiement des deniers, n'étant pas dû, n'est pas la réalisation d'une compensation, mais à l'inverse, est l'appel à une compensation. Il n'est pas la contre-prestation, extinctive d'une obligation ; il est la prestation, créatrice d'une obligation.

Ce rôle, tout négatif, de la volonté ne laisse pas d'avoir un grand intérêt pratique. Dès qu'il y a paiement fait par erreur, il est impossible d'opposer au *solvens* que son appauvrissement a pu trouver ailleurs une compensation. C'est forcément l'enrichissement de l'*accipiens* qui est la transformation de l'appauvrissement du *solvens* : le lien de causalité est évident entre eux, et l'obligation de restitution en est le nécessaire aboutissement.

Ce premier effet négatif de la volonté, qui rend manifeste le droit de créance du *solvens*, se double d'un second, qui rend également certain son droit réel : la volonté erronée de transférer la propriété ne transfère pas la propriété. Le *solvens* pourra revendiquer l'immeuble indûment livré à l'*accipiens*. C'est un exemple précis de la supériorité du système qui ne sépare pas le principe

translatif de propriété et le principe générateur d'obligation.

Sans doute, ce ne sont là que des considérations extérieures au problème lui-même, qui est l'établissement du lien obligatoire ; et il n'en demeure pas moins que la volonté du *solvens* n'a aucune énergie positive. Cependant, son absence formelle d'opposition à la création de l'obligation, équivaut presque à une exigence de sa constitution effective. Il convenait de différencier l'élément subjectif tel qu'il existe chez l'enrichisseur, et tel qu'il existe chez le *solvens*. Il s'agissait alors d'une activité volontaire indifférente ; il s'agit maintenant d'une volonté juridique inefficace. Nous venons de sentir l'intérêt de cette distinction.

III. — Venons-en à considérer l'*accipiens*. Est-il chez lui un élément d'ordre subjectif qui ait une valeur dans l'obligation ?

L'*accipiens*, contrairement à l'enrichi, participe à l'opération : il a la volonté de recevoir le paiement. Mais, comme il arrivait pour l'enrichisseur, il veut un simple fait matériel — ici, la réception des deniers — il ne veut pas l'obligation que celle-ci va faire peser sur lui. Ou bien, en effet, il partage l'erreur du *solvens ;* et alors sa volonté est inefficace : ce qu'il reçoit ne lui est pas dû, et sa volonté de le recevoir est inopérante. Ou bien, il a conscience de recevoir un paiement indu ; et alors, s'il l'accepte, ce n'est évidemment pas dans le dessein d'être obligé à le restituer. La seule mesure dans laquelle pourra l'obliger sa volonté, sera celle où elle engendre une obligation délictuelle, entièrement distincte d'ailleurs, de l'obligation principale.

Mais nous ne rencontrons pas encore cette volonté débitrice, cette volonté licite d'être obligé, qui seule est créatrice de l'obligation que nous considérons.

IV. — Une vue d'ensemble sur les facteurs subjectifs permet d'en arrêter ainsi la valeur : Dans l'enrichissement indu, il n'y a pas volonté juridique, parce qu'il n'y a pas volonté afférente à une obligation. Dans le paiement indu, il y a bien volonté juridique, parce qu'il y a volonté afférente à une obligation.

Mais, cette volonté, par suite d'un vice, est inefficace. L'obligation qui est, n'est pas celle qui a été voulue et elle n'est pas, parce qu'elle a été voulue. Ici encore, nous nous retrouvons en face d'une pure activité matérielle.

Section 2. — Valeur de l'élément objectif

Le contenu de la volonté devant être négligé, le résultat de l'activité volontaire subsiste. C'est en lui qu'il faut trouver l'énergie créatrice de l'obligation. Or, ce fait, cet enrichissement, a ce pouvoir, parce qu'il est une cause. C'est la situation déjà réalisée par l'enrichissement indu.

I. — Le paiement, partant du *solvens* pour aller à l'*accipiens*, forme la consistance de la cause. L'absence de compensation antérieure donnée à cet enrichissement confirme cette valeur de cause, mais sans contribuer à la créer. C'est le transport de valeur qui contient toute la force. Les volontés imparfaites qui se sont manifestées ne sont qu'un argument superflu en faveur du jeu indépendant de la cause. La volonté erronée peut être interprétée, et sa tendance rectifiée en puissance même de l'erreur. Mais ceci n'est que façon de parler et non expression d'un principe obligatoire, qui dérive exclusivement de la cause.

Plusieurs hypothèses, qui avaient pu faire doute, sont éclairées par là. Lorsqu'une dette existe entre d'autres parties que le *solvens* comme débiteur et que l'*accipiens* comme créancier, on peut dire que, dans leurs rapports, la dette n'existe pas. Il n'y a pas à retenir la volonté du *solvens* de se libérer, mais à constater que l'enrichissement de l'*accipiens* n'est la compensation d'aucun appauvrissement antérieur de sa part. La cause établit immédiatement son obligation de restitution.

S'il s'agit, au contraire, du paiement d'une dette naturelle, résultant, par exemple, d'une libération par prescription, l'obligation de restitution ne naît pas. C'est que le principe absolu de com-

pensation est supérieur aux exigences relatives de l'ordre public. Le règlement de la dette naturelle est un paiement et non une cause [1].

C'est la même idée qui nous fait adopter la même solution envers le paiement d'une dette d'origine immorale. L'ordre public, s'appuyant sur cette considération, ne peut qu'interdire la validité de l'obligation, mais sans atteindre son existence. L'obligation de restituer, ici, n'est pas seulement caduque parce que tombant sous le coup de la maxime : *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans ;* elle est inexistante par défaut de cause, parce que le paiement effectué est véritablement une contre-prestation [2].

II. — La cause est donc le seul principe créateur de l'obligation qui découle du paiement indu. Est-elle aussi tout le criterium de son étendue ?

Nous avons vu que l'*accipiens* peut, soit partager l'erreur du *solvens*, soit en être averti. Cette seconde éventualité va influencer le quantum de l'obligation, sinon quant au principal, qui dérive du seul montant de la cause, du moins quant aux intérêts ou aux fruits, que des circonstances psychologiques, donc extérieures à la cause, peuvent seules désigner comme faisant ou non partie du contenu de l'équivalence. Ces circonstances sont la bonne ou la mauvaise foi de l'*accipiens*, interprétées ainsi qu'est fondé à le faire l'ordre public. Celui-ci apparaît sous cet aspect supplétif de la volonté créatrice insuffisante ou même totalement absente, que nous connaissons déjà. L'élément subjectif n'est pas un vouloir ; il ne peut donc participer directement à la constitution de l'obligation, mais il est cependant un état de conscience, dont l'appréciation est suggestive ; et c'est pourquoi, par l'intermédiaire de l'ordre public, il influence, au moins indirectement, l'obligation.

(1) Cf. art. 1235-2.
(2) S. 87, 1, 224.

Si l'*accipiens* est de bonne foi, on dira que ce qui l'enrichit, c'est seulement le capital, puisque les intérêts, dont il ne se croit pas comptable, sont censés, comme tels, dépensés par lui. Si, au contraire, il est de mauvaise foi, on dira que ce qui l'enrichit, c'est tout à la fois le capital et son intérêt, puisqu'il sait détenir l'un et l'autre comme étant la chose d'autrui, et qu'il doit s'attendre à être comptable de l'un et de l'autre. Ceci montre avec clarté ce rôle délicat de l'ordre public, à côté de la cause et de la volonté. Tandis que celles-ci sont les éléments premiers de la création de l'obligation, lui n'est que l'élément second de son achèvement pratique. Son pouvoir le plus grand ne s'élève pas jusqu'à mettre en question l'existence de l'obligation, mais il va jusqu'à en faire varier le montant. C'est que les données qui fixent le quantum de l'obligation ne sont pas forcément les mêmes que celles qui créent le lien obligatoire. C'est de ce dernier que nous cherchons essentiellement à déterminer la teneur. A ce point de vue, nous pouvons conclure que le paiement de l'indu dérive encore exclusivement de la cause. Cependant, il marque ce progrès sur l'enrichissement indu, qu'à son occasion, une volonté juridique est apparue. L'obligation ne résulte pas de cette volonté; mais désormais, on conçoit comme possible qu'une obligation résulte de la volonté.

CHAPITRE III

La gestion d'affaires

Il y a gestion d'affaires, lorsqu'une partie accomplit, sans intention libérale, un acte destiné à améliorer le statut du patrimoine d'autrui, et sans son consentement. L'obligation qui découle normalement de ce fait est celle qui va peser sur le géré et le contraindre à désintéresser le gérant. Mais ici, une obligation réciproque naît naturellement à la charge de l'agent : le gérant est certainement tenu d'une certaine manière envers le maître des choses dont il a modifié l'état. C'est en ce sens qu'on peut appeler la gestion d'affaires un quasi-contrat synallagmatique. Cependant, à la différence de ce qui se passe dans le contrat synallagmatique, c'est d'une seule activité que sortent ici les deux obligations. Recherchons quelle est leur constitution respective.

Section I. — Valeur de l'élément subjectif

Il convient de rechercher ce facteur chez le gérant d'abord, chez le géré ensuite.

I. — Chez le gérant, il y a incontestablement existence d'une volonté juridique. Non seulement il accomplit un acte objectif de gestion, mais il a la volonté de gérer la chose d'autrui. Cette volonté juridique saine peut engendrer une obligation. Or, se met-elle dans les conditions requises pour cela, déclare-t-elle un engagement ?

II. — A l'égard du géré, elle a uniquement pour contenu le transport chez lui d'une valeur qui lui est utile, mais non le désir de la lui attribuer gratuitement. Bien loin donc, à ce point de vue, de poser un engagement, c'est à dire de lier son auteur, elle attend qu'en définitive ce soit autrui qui soit lié envers lui.

En sorte que, ou bien la volonté du gérant ne recherche que l'intérêt du géré, sans s'occuper de la question d'obligation ; et elle n'a que ce premier effet juridique direct, mais qu'on ne pouvait pas trouver dans l'activité de l'enrichisseur, et qu'on pouvait seulement induire de l'erreur du *solvens*, de définir l'opération effectuée : celle-ci n'est ni un enrichissement indu ni une donation, mais une gestion d'affaires. La constitution même de l'obligation lui échappe. Ou bien, elle envisage l'obligation ; mais c'est dans le but d'imposer au maître la compensation des frais exposés. Peut-elle avoir cette valeur ?

Le principe normal est qu'on peut s'obliger soi-même, mais que l'on ne saurait obliger autrui. La promesse pour autrui est l'inverse de l'engagement, et donc de la volonté juridique créatrice. Le gérant ne peut déclarer, par exemple : en ma qualité d'entrepreneur, je consolide la maison de mon voisin absent ; j'emploie des matériaux de première qualité ; je fixe le nombre d'heures de travail de mes ouvriers ; et je déclare que le géré est débiteur envers moi de telle somme.

Cette manifestation de volonté dépasse son champ d'action normal, car elle prétend mettre en œuvre non les droits de son auteur, mais bien les droits d'un tiers. Il apparaît donc que si l'obligation du maître trouve un appui dans la volonté du gérant, elle n'y rencontre cependant pas son principe. La valeur de cette volonté créancière s'affirme en ce sens, qu'à un point de vue général, une volonté bienfaisante peut avoir des droits plus étendus qu'une volonté intéressée. Le gérant est bien un ami d'affaires, ce *Geschäftsfreund*, dont parlent les Allemands [1]. Mais, c'est

(1) Cf. Paul, *Dig.*, III, 5, 36 : « ..... *quasi amici...* »

là une considération morale qu'il est difficile d'introduire dans le droit.

La gestion d'affaires, considérée sous cet angle, apparaît comme réalisant la situation inverse de celle que présente la donation. Nous trouverons dans cette dernière, de même qu'ici, une intention libérale, mais absolue, c'est à dire qui veut être débitrice ; et c'est alors elle qui prévaudra sur l'élément objectif, pour fonder l'obligation. Dans la volonté sera inclus l'élément de compensation, trop diffus pour mériter une individualité juridique et être une cause : cette qualité du donataire qui conduit le donateur à donner. Ici, au contraire, et symétriquement, il ne faut reconnaître qu'une cause, car l'élément de bienfaisance est restreint ; il garde une prétention créancière : la volonté n'a pas de force créatrice propre ; elle se perd dans la cause, et l'acte de gestion ne vaut, au regard du géré, que par sa valeur objective. C'est ainsi, par exemple, que devra être entendue l'obligation qui découle du service rendu par un généalogiste : elle repose sur la gestion même, et non sur la prétention du gérant.

III. — Mais, à l'inverse, la volonté du gérant ne se met-elle pas, à l'égard de lui-même, dans les conditions voulues pour être obligatoire ? Le gérant peut s'obliger soi-même, car la volonté agit alors dans la limite des droits de son auteur : elle contracte un engagement. C'est ce qui se produit, comme nous le verrons, dans l'engagement par déclaration unilatérale de volonté.

Or, en fait, cette volonté de représenter autrui, de gérer sa chose, contient-elle un engagement envers lui ? Le gérant prétend rendre un service à autrui, mais par une immixtion dans ses affaires. Par conséquent, sa volonté étant saine, elle équivaut nécessairement à un engagement, c'est à dire à la reconnaissance que son auteur est un certain débiteur. Elle définit le lien de droit ; elle affirme qu'elle n'est pas une offre de contrat ou une stipulation pour autrui, mais une opération complète et

spéciale, dont tout l'intérêt revient au géré. Elle contient donc ce qui forme les conséquences rationnelles de cette volonté particulière : ce sont les obligations du gérant.

Mais ces obligations qu'il contracte implicitement, il va s'efforcer, peut-être, de les réduire à l'excès. Qu'est-ce qui assurera qu'il ne descend pas au-dessous du minimum nécessaire ? Ce n'est pas une volonté réciproque, comme dans le mandat, ou une cause antérieure, comme dans le louage de services. L'une et l'autre sont inexistantes. Ce ne peut être que l'ordre public, dans sa mission supplétive de la volonté. Il concourra avec la volonté du gérant, qui pourrait tenter, dans son indépendance, de ne point contracter spontanément une obligation suffisante. Et de cette combinaison se dégage cette double nécessité élémentaire, de bonne foi : la continuation de la gestion entreprise ; et sa conduite menée avec correction, à l'abri de toute faute. L'ingérence dans les affaires d'autrui n'est un droit que si elle est compensée par l'obligation voulue, ou au moins reconnue, d'y apporter les soins moyens qu'on donne à sa propre chose. Le criterium « soins d'un bon père de famille » dont nous parle l'art. 1374 C. civ. est juste et suffisamment précis. Il n'est qu'une application spécialisée de celui que nous avons donné de l'ordre public, comme garant de l'honnêteté générale : « L'obligation n'est pas légitime quand elle outrepasse d'une façon certaine le contenu normal, d'après les usages actuels, du droit qu'elle prétend mettre en œuvre. »

C'est donc la volonté, complétée par l'ordre public, qui crée l'obligation du gérant, pendant sa gestion. Ceci correspond parfaitement à notre conception de la volonté, qui doit définir subjectivement et qualitativement l'obligation. Nous la voyons ici concerner, à l'exclusion du résultat objectif et quantitatif de la gestion, dont la valeur obligatoire lui échappe parce qu'elle est une cause, sa valeur subjective et sa mission qualitative : la plus ou moins grande ingéniosité des faits actuels de gérance.

IV. — Envisageons maintenant l'élément subjectif chez le géré. Comme dans l'enrichissement indu et dans le paiement indu, son obligation est normalement constituée avant toute manifestation de sa part. En effet, l'acceptation de la gestion nous ferait tomber dans le mandat exprès, et la connaissance de la gestion, dans le mandat tacite. L'absence de volonté et l'ignorance de la gestion sont les conditions mêmes de cette gestion. Une présomption d'acceptation, comme toute présomption de volonté, est fausse et doit être rejetée [1]. Quand il n'y a ni volonté expresse ni volonté tacite, on ne peut parler que de ce qui serait normal et de ce qui serait anormal. Ceci appartient à l'équité, et relève de l'ordre public, et non plus de la volonté individuelle. Mais ici, nous sommes en présence d'une activité matérielle qui se suffit. Ne pouvant être obligé par la volonté du gérant, ne l'étant pas par la sienne propre, le géré ne l'est que par le quantum de l'enrichissement qu'il recueille, c'est à dire par la seule cause.

V. — Mais le géré peut aussi manifester sa volonté de deux manières différentes : il peut s'opposer à la gestion en cours, ou, au contraire, la ratifier, après qu'elle est terminée.

La gestion contre la volonté du maître, qui est, du reste, assez peu vraisemblable, nous fait sortir des cadres de la gestion d'affaires. Si la gestion de l'affaire d'autrui peut être, comme nous l'avons vu, un droit ou même un devoir, ceci suppose l'absence de son consentement, mais plus encore l'absence de son interdiction. A l'inverse de la volonté conforme du géré, qui nous fait sortir de la gestion, pour retomber dans une opération d'ordre licite mieux affermie — le mandat —, la volonté contraire du géré nous fait sortir de la gestion, et nous retombons dans une opération d'ordre illicite : le délit. Le règlement des obligations résultant de la gestion ne peut découler que de l'enrichissement indu.

(1) Cf. Saleilles, *L'orig. du droit et du devoir. Rev. de philosoph.*, 1909, p. 140.

La ratification du géré après la gestion a, comme nous venons de le pressentir, un résultat semblable. La conformité de sa volonté à celle du gérant convertit la gestion d'affaires en mandat, en réalisant l'accord des volontés. Ici encore, nous abandonnons la gestion d'affaires, mais en sens opposé. Cette manifestation de volonté du géré n'a donc pas que l'effet complémentaire que possède la déclaration du tiers dans la stipulation pour autrui et par laquelle il ne fait que confirmer une obligation déjà existante. Son effet est principal et direct. La ratification détruit l'obligation quasi-contractuelle, et la remplace par une obligation contractuelle, plus minutieuse. Ainsi, on peut dire que la gestion d'affaires exige l'absence de toute volonté de la part du géré; en voulant ou en ne voulant pas, le géré détruit la gestion.

VI. — Résumons ces divers résultats, en constatant que la volonté n'a encore que très peu de part dans la gestion d'affaires. Elle ne participe directement qu'à la constitution de l'obligation du gérant, pendant la gestion.

Section 2. — Valeur de l'élément objectif

La gestion d'affaires est constituée objectivement par une intervention favorable effective dans les affaires d'autrui. C'est dans la force quantitative de cette activité qu'il nous faut rechercher le principe des obligations, que la volonté n'explique pas. Il convient donc de déterminer dans quelle mesure cette activité est une cause.

I. — En ce qui concerne le gérant, l'obligation qui lui incombe est essentiellement celle qui concerne la gestion en cours. Nous savons qu'elle est déterminée par sa volonté propre, complétée par quelques précisions fournies par l'ordre public. Il n'y a point là place pour la cause : il s'agit d'une activité totalement qualitative, d'une heureuse manière de procéder. Les résultats

positifs qui en découlent n'auront de valeur quantitative définitivement arrêtée qu'à la cessation de la gestion ; et c'est alors seulement que la cause va pouvoir établir une nouvelle obligation à la charge du gérant. Il importait de séparer nettement ces deux domaines d'obligations.

La seconde obligation, qui nait alors à la charge du gérant, et qu'on peut nommer d'un mot — la reddition des comptes —, échappe à la volonté et appartient à la cause, puisque désormais le fait qualitatif de la gestion se convertit en un résultat quantitatif. Ce terme de « rendre compte » montre bien la conversion progressive de l'obligation volontaire en obligation causale. Le gérant va, d'abord, s'expliquer, se justifier en particulier de toute faute : c'est la suite de son activité volontaire. Mais, en définitive, il se trouve amené en face du résultat matériel de sa gestion, et qui la résume toute : il doit tout ce qu'il détient comme représentant d'autrui et tout ce dont il est créancier au nom d'autrui. Ainsi, la cause ne fixe que la seconde obligation du gérant, ou si l'on ne veut point scinder son obligation, fixe seulement son achèvement. Elle a un rôle très certain, mais déjà diminué, puisqu'il ne joue que dans les limites des résultats d'une activité toute volontaire.

II. — Mais la cause engendre une obligation beaucoup plus large, qui, dans sa quasi-intégralité, relève d'elle : c'est celle qui incombe au géré. Le fait de son enrichissement échappe à sa volonté, comme son obligation d'indemnisation échappe à la volonté du gérant. De même que l'enrichi, de même que l'*accipiens,* il subit cette loi de l'équilibre qui exige du patrimoine qui s'est enrichi une compensation en faveur du patrimoine qui s'est appauvri. Alors même que le bénéfice qu'il retire ne serait pas entièrement d'ordre matériel, qu'il s'agirait de services ou d'influences, mis à la disposition du géré, la mesure de son obligation n'en sera pas moins un dérivé de la cause. Nous savons, en effet, que celle-ci peut être un fait aussi bien qu'une

prestation ; un fait est cause dès que n'étant pas apprécié par la volonté, il influence l'obligation autrement que par son intermédiaire, et la détermine directement, par sa valeur objective.

La cause suffisante s'adaptera à ces circonstance. C'est ainsi que la formule proposée par M. Demogue paraît juste et pratique : « Toute personne qui agit professionnellement en faveur d'un tiers, et grâce à qui un enrichissement a pu être acquis par ce tiers, a droit à la rémunération professionnelle [1] ». C'est une méthode ingénieuse et correcte qui permet d'accentuer l'élément-cause dans le quasi-contrat, à la manière de ce qui est fait dans le contrat par les théories de la lésion et l'usure [2].

III. — Mais, si l'on s'engage dans cette voie, ne faut-il pas détailler encore plus la cause, afin qu'elle soit un organe sans cesse mieux adapté de la plus parfaite justice ? Qu'est devenue, en effet, la cause dans cette opération de transition qu'est la gestion d'affaires ? Elle n'est plus un enrichissement transporté par l'activité de l'agent, sans une manifestation juridique de sa volonté, comme il arrive dans l'enrichissement indu, ou en dehors de la manifestation juridique de cette volonté, comme il arrive dans le paiement indu. L'affectation au patrimoine bénéficiaire repose sur une volonté de l'agent conforme à ce résultat. Cependant cette volonté qui demeure créancière, parce que l'intention libérale n'est pas assez forte pour susciter une donation, et qui ne trouve pas cette ratification minima du contractant par adhésion, qui permet à la volonté créancière de former le véritable contenu de la volonté débitrice, touche presque à la force obligatoire, mais ne l'atteint pas encore. La cause va bénéficier de cette énergie très certaine, qui est incapable cependant d'être une puissance autonome, et c'est avec intensité qu'elle sera obligatoire, parce qu'elle est plus qu'une prestation ou qu'un fait : elle est *un fait dirigé ;* elle est une gestion bienveillante. Il convient

(1) *Rev. trim. Droit civ.*, 1911, p. 435.
(2) *Supra*, p. 141 et suiv.

donc vraiment d'inclure dans la cause, seul élément qu'on puisse retenir ici, cette donnée de bienveillance qui, moins qu'une volonté, est une qualification de l'élément objectif ; comme pour la donation, il faudra inclure dans la volonté, seul élément qu'on y puisse individualiser, une tendance compensatoire qui, moins qu'une cause, est un motif, c'est à dire une partie de l'élément subjectif.

Mais quelle est alors l'énergie créatrice de cette cause plus riche de sens ? Cette question ne peut être résolue qu'en prenant parti sur le degré d'altruisme qu'il faut reconnaître à la volonté de gérer, ou, ce qui revient au même, sur le point de savoir si cette intervention dans les affaires d'autrui est une obligation ou une simple faculté. Plus la solidarité s'affirme, plus le gérant agit en vertu d'une nécessité, et la cause, qui résume le résultat de son action, doit avoir une large portée : l'obligation du géré sera renforcée. Moins, à l'inverse, la solidarité est affermie, plus l'action du gérant ne semble qu'une tolérance, et la cause a une portée plus restreinte : l'obligation du géré sera atténuée. Tandis qu'aux yeux de Beaumanoir, la gestion d'affaires est une « voie de service... moult périlleuse... et que celui qui s'en entremet, s'expose à être privé de son impense et même à être confondu avec un voleur, qui veut s'emparer de la chose d'autrui [1] », le Code civil voit en elle un acte très normal, dont la portée objective est rigoureuse à l'égard de celui qui en bénéficie : la gestion correcte repose, selon l'art. 1375 C. civ., sur les dépenses nécessaires et sur les dépenses simplement utiles. Or, la gestion utile aura plutôt pour mesure l'appauvrissement du gérant que l'enrichissement du géré. Le résultat pratique est satisfaisant ; mais comment peut-il rentrer dans notre conception générale ? C'est par ce fait que, comme nous venons de le vérifier, l'intention bienfaisante est contenue dans la cause ; elle n'est pas une volonté autonome,

(1) *Coutumes de Beauvoisis*, t. I, ch. XXIX, n° 12.

elle n'est qu'une précision du sens qu'il faut reconnaître au déplacement de valeur.

C'est par là que l'on perçoit le progrès timide encore, mais certain cependant, de l'action volontaire de l'agent dans l'obligation.

L'enrichi n'était tenu qu'autant qu'un profit s'était fixé et s'était maintenu dans son patrimoine : son obligation dérive d'une cause massive et grossière. Le géré est tenu des « dépenses qui étaient utiles au moment où elles ont été faites, lors même que, par suite de circonstances imprévues, le profit qui devait en résulter, ne se serait pas réalisé ou aurait cessé d'exister [1] » : son obligation dérive d'une cause épurée et qui commence à être perfectionnée par une volonté qui la dirige. Et cette extension du contenu de la cause dérive si certainement de l'état d'esprit du gérant, que s'il gère l'affaire d'autrui, alors qu'il croit gérer la sienne propre, c'est à dire alors qu'il n'a pas l'*animus* d'un gérant d'affaires, l'obligation du bénéficiaire n'est que celle d'un enrichi et non plus celle d'un géré [2].

IV. — Mais comment la cause peut-elle accueillir ce qui, sans doute, n'est pas une volonté, mais ce qui est, de toute évidence, une donnée psychologique ? C'est que cet étirement, qui se produit en son sein, de sa puissance compensatoire s'élargissant de l'enrichissement du débiteur vers l'appauvrissement du créancier, n'est pas une atteinte portée à son principe, mais un agrandissement conféré à sa mesure. L'intention bienveillante, qui l'influence, peut être détachée de l'agent en qui elle naît, car, en lui, elle ne parvient pas à être une force subjective créatrice : un engagement. Elle doit être seulement retenue en considération de sa valeur objective : elle est indifférente en tant qu'expression d'une volonté individuelle imparfaite ; mais elle est intéressante en tant que caractère général qu'elle donne à l'opération accomplie. Or, nous savons qu'une telle valeur globale, c'est un

(1) Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XXXI, n° 48, p. 45.
(2) Cf. Pothier.— V. Demolombe, *op. cit.*, t. XXXI, n° 81, p. 77.

des aspects de l'ordre public, celui précisément qu'il possède lorsqu'il est supplétif de la volonté.

L'ordre public laisse au fait de gestion sa valeur quantitative de cause, et celle-ci demeure le seul principe du lien obligatoire. Mais il agit sur l'étendue de l'obligation, en raison de la valeur sociale de l'acte effectué. Il est comme une donnée mixte, intellectuelle dans sa source et matérielle dans son résultat ; et nous savons qu'à l'opposé de la volonté et de la cause, dont la nature est une, il a ce pouvoir de différenciation. Il situe l'acte effectué sur un degré de cette échelle d'appréciation, qui est, dans sa source, qualitative comme la volonté, et dans sa réalisation, quantitative comme la cause, et qui est fournie par la distinction des impenses nécessaires, utiles et voluptuaires. Il retire les impenses voluptuaires du contenu de l'obligation du géré, marquant ainsi la limite de la volonté créancière ; il y insère les impenses utiles, marquant ainsi le supplément de force due à l'activité bienveillante. C'est dans ces limites que le maître doit rembourser les dépenses faites et reprendre à sa charge les obligations contractées.

V. — Au total, entre les deux éléments créateurs de l'obligation, la gestion d'affaires accuse encore la prédominance évidente de la cause. Cependant la volonté est apparue, et il existe trois manifestations de sa puissance.

La volonté du gérant détermine directement, de concert avec l'ordre public, sa propre obligation, au cours de la gestion.

La volonté du gérant a aussi une influence indirecte sur l'obligation du géré, dans la mesure où, par l'intermédiaire de l'ordre public, elle pèse sur la cause.

Enfin, la volonté du géré apparaît avec son pouvoir total dans la ratification : celle-ci est vraiment une volonté débitrice qui participe à la création de l'obligation.

Mais, en même temps, elle dépasse le champ de la gestion d'affaires et pénètre dans celui du contrat, auquel il est réservé

de connaître l'énergie créatrice d'une volonté autonome. Le contrat constitue donc une zone tranchée, encore qu'elle soit le prolongement logique de celle du quasi-contrat.

VI. — Avant de nous engager dans son domaine, faisons une halte, et considérons le chemin parcouru. Le quasi-contrat ne groupe que des obligations principalement quantitatives. Il n'ouvre pas carrière aux combinaisons ingénieuses et actives de l'esprit. Il repose essentiellement sur la cause. A mesure qu'il englobe un intérêt qualitatif plus certain, la volonté apparaît. Mais, comme cet intérêt n'est jamais une volonté débitrice autonome, on peut dire que quasi-contrat et volonté créatrice sont antinomiques. Nous avons vu les applications les plus certaines, mais déjà en voie de dégénérescence, de l'énergie quantitative compensatoire qui se développe dans un émolument par son transport d'un patrimoine qui s'en appauvrit en un patrimoine qui s'en enrichit. En revanche, nous n'avons assisté encore qu'à l'élaboration de la volonté, et non à sa réalisation. C'est ce que nous avons pu déterminer en considérant, tour à tour, dans chaque hypothèse, la situation de l'agent et celle du bénéficiaire.

En ce qui concerne l'agent, nous avons trouvé la volonté inexistante chez l'enrichisseur, inefficace chez le *solvens*, partiellement génératrice chez le gérant.

En ce qui concerne le bénéficiaire, nous avons trouvé sa propre volonté toujours inexistante ; elle est incompatible avec les données mêmes du quasi-contrat.

En sorte que, si nous considérons l'obligation de ce dernier, qui est l'obligation quasi-contractuelle typique, nous trouvons qu'à sa base, il n'y a, au maximum, qu'une volonté créancière. Or, la volonté créancière n'est pas qualifiée pour fonder l'obligation. Ce n'est qu'exceptionnellement qu'elle y participe, dans des types obligatoires peu normaux, tels que le sont, comme nous le verrons, le contrat d'adhésion et la stipulation pour autrui [1].

(1) V. *infra*, ch. IV, sect. 3.

Le quasi-contrat n'est volontaire que dans sa source, et non dans son fondement. Il ne contient pas une volonté juridique créatrice de l'obligation ; il contient une activité volontaire qui conditionne l'obligation et qui démontre que celle-ci n'est point une obligation légale.

L'effet le plus certain de la volonté est alors tout négatif : elle empêche seulement la cause de s'exalter jusqu'à entraîner un résultat inverse de celui que réclamerait une volonté constituée. C'est le rôle qu'aura, à l'inverse, la cause envers la volonté dans la donation. On peut dire que lorsque l'obligation ne repose que sur un seul des éléments créateurs, l'autre fournit au moins cette garantie minima. Mais, ce qui n'est plus une action, mais une simple protection, est en somme devenu un simple dérivé de l'ordre public.

Le contrat va réaliser une obligation plus complète et mieux équilibrée, en groupant a priori et directement en son sein les deux éléments qui, dans le type obligatoire le plus parfait que nous ayons rencontré jusqu'à présent — la gestion d'affaires ratifiée — n'y sont groupés qu'indirectement et a posteriori.

CHAPITRE IV

Le contrat à titre onéreux

L'étude de la valeur obligatoire du contrat à titre onéreux, c'est l'histoire du concours de la volonté et de la cause au sein de l'obligation. Il est le type qui, dans une gradation logique, suit immédiatement la gestion d'affaires ratifiée. Pour la première fois, deux volontés vont réaliser à titre direct et immédiat un accord conventionnel, au-dessus d'un transport de valeur.

I. — La volonté commence par ne pénétrer l'obligation que par son action strictement subjective et qualitative, tandis que la cause, toujours essentielle, en demeure l'assise objective et quantitative. Nous ne sommes donc pas en présence d'une autre obligation que celle qui dérive du quasi-contrat, mais d'une obligation plus parfaite dans ses éléments constitutifs et plus minutieuse dans sa réalisation. A côté de la simple loi de l'échange, qui exige une compensation objective, apparait la confiance, qui donne une place et une force à l'expression de l'idée subjective. C'est dans la mesure où existe cette donnée moralisatrice, dont est fait le crédit, que peuvent se soutenir les engagements définis par le libre consentement des individus. Il ne faut pas répéter l'affirmation de Möser, qui sonne comme un blasphème : « Le fou qui le premier a appliqué le proverbe : Un homme n'a qu'une parole, en ce sens qu'un honnête homme ne peut retirer la parole une fois donnée, a causé plus de malheurs qu'on ne pourrait croire[1] ». Il faut plutôt redire avec M. Léon Bourgeois :

(1) *Obligationen Recht.*, II p.

« Tout le monde admet aujourd'hui que le progrès de la civilisation peut se mesurer à l'étendue du domaine des contrats [1] ». « C'est l'idéal, dit encore M. Esmein, vers lequel doit tendre toute législation [2] ». Le perfectionnement a consisté à introduire dans l'acte juridique un spiritualisme modéré, à côté de l'ancien matérialisme, qui ne sera plus exclusif. Sans doute, le contrat lui-même n'est qu'un état d'une évolution jamais interrompue; « il est né de la vie sociale et juridique, bien loin d'en être le fondement [3] »; et il est dépassé, à son tour, par d'autres types, qui ne sont pas toujours l'affermissement de son principe. Si les uns accentuent l'individualisme, comme l'engagement par déclaration unilatérale de volonté, d'autres sont des organismes surtout sociaux, à base réglementaire et institutionnelle, comme le contrat d'adhésion.

Mais, il n'y a pas plus lieu de conclure à la suprématie de ces dernières conceptions, qu'il n'y a lieu d'estimer le plus parfait le dernier stade d'une évolution. En réalité, le contrat est précédé d'un type obligatoire, qui n'a pas encore atteint la normale; c'est celui où prédomine, et où parfois même existe seule la cause : c'est le quasi-contrat. Et il est suivi d'un type obligatoire, qui a dépassé la normale, et où la volonté, privée ou collective, s'exagère en des réalisations qui ne peuvent être qu'exceptionnelles. Mais c'est lui-même qui est le plus parfait, par cette combinaison harmonieuse, qu'il inaugure, des exigence objectives et des prétentions subjectives.

II. — Cependant, dès avec lui, il apparaît que la volonté ayant conquis une valeur créatrice dans l'obligation, tend, de plus en plus, à réduire la cause. Il semble inexact de croire, avec M. Planiol, que seuls des objets nouveaux de contrats surgissent, tan-

(1) *Essai d'une philo. de la solidar.*, p. 91.
(2) *N. Rev. historiq.*, 1880, p. 662.
(3) Gounot, *Op. cit.*, p. 326.

dis que demeurent les contrats mêmes [1]. La combinaison contractuelle, bien loin d'être toujours identique à elle-même, n'est pas toujours faite d'une même proportion entre les deux éléments de volonté et de cause. La gradation inversement proportionnelle de leur apport achève, dans le contrat, la progression commencée dans le quasi-contrat.

Quant à l'ordre public, il s'efface presque totalement dans les premières hypothèses, dont la correction interne rend généralement superflu ce secours subsidiaire extérieur. Mais, avec les hypothèses plus hasardeuses, il réapparaît, et il va s'accentuant conformément à sa mission logique.

III. — Ce sont les étapes les plus caractéristiques accusées par l'énergie obligatoire dans le contrat à titre onéreux, que nous voudrions préciser ici. Il semble qu'on puisse les ramener à trois.

Avec le contrat unilatéral et avec le contrat commutatif, la volonté est discrète encore ; la cause semble toujours prédominante, quoiqu'elle dégénère du premier au second. On peut dire qu'il y a concours de la volonté et de la cause.

Mais bientôt, la volonté du débiteur, manifestation normale du facteur subjectif, va s'amplifier et déborder sur la cause, qui entre radicalement dans la voie de la décroissance. C'est ce que nous verrons dans le contrat aléatoire et dans l'engagement par déclaration unilatérale de volonté. On peut dire qu'il y a prédominance de la volonté débitrice.

Enfin, par un développement croissant et exorbitant du facteur subjectif, la volonté s'affirme chez le créancier. C'est ce qui apparaît dans le contrat d'adhésion et dans la stipulation pour autrui. On peut dire qu'il y a prédominance de la volonté créancière.

IV. — Mais c'est là, pour ainsi dire, un illogisme de l'éman-

(1) *Rev. critiq.*, 1904, p. 484.

cipation de la volonté, un rameau adventice de la souche originaire, et la cause semble alors se raffermir afin d'être l'obstacle à un excès probable. C'est pourquoi, cette dernière catégorie demeure exceptionnelle. Elle n'inaugure point une nouvelle voie, dans laquelle s'engagerait le développement de la volonté. L'épanouissement de celle-ci s'opèrera, comme nous le verrons [1], par l'exaltation de la volonté débitrice, dans le contrat à titre gratuit.

Il faut bien comprendre, en effet, que la valeur obligatoire de la volonté vient de ce qu'elle est l'engagement d'un débiteur [2].

Si, en réalité, c'est le plus souvent la volonté créancière qui pose les termes de l'obligation — c'est ce qui arrive dans les contrats unilatéraux et synallagmatiques même les plus normaux : le prêteur fixant l'intérêt qui est dû ; le vendeur le prix à payer — ce n'est là qu'une nécessité de fait. Car la volonté du débiteur, si elle était seule, réduirait toujours à l'extrême l'obligation; elle tendrait alors à descendre au-dessous du montant de la cause suffisante, et ce serait donc toujours cette dernière qui fixerait en définitive l'obligation. Mais la convention a précisément ce résultat de confondre la volonté créancière qu'elle abaisse, avec la volonté débitrice qu'elle élève ; de sorte que si l'on peut dire que c'est la volonté créancière qui veut la mesure de l'obligation et qui en pose les termes, ce n'en est pas moins la volonté débitrice qui anime et réalise cette obligation, en la voulant elle-même.

Section 1. — Le concours de la volonté et de la cause

La combinaison des deux éléments apparaît nettement, quoiqu'en des proportions déjà différenciées, dans le contrat unilatéral, puis dans le contrat commutatif.

(1) V. *Infra*, ch. v.
(2) *Supra*, II[e] partie, ch. 1, sect. 2,

A. — Le contrat unilatéral

Le contrat unilatéral est un type simplifié. Il comporte un accord de volontés, mais n'engendre qu'une obligation. Nous pouvons négliger, en effet ici, l'obligation éventuelle du créancier, sur laquelle la volonté n'a pas d'action, et qui se réduit pratiquement à l'obligation quasi-contractuelle. Le déposant, par exemple, tenu de rembourser les dépenses faites par le dépositaire est obligé à la manière d'un géré.

Mais l'obligation principale peut révéler deux catégories de situations distinctes, dans lesquelles la combinaison de la cause et de la volonté diffère.

I. — Dans la première catégorie, la cause est évidemment prédominante: Elle embrasse les anciens contrats *re* du droit Romain: le *mutuum*, le commodat, le dépôt, le gage. C'est presque de la cause seule que découle l'obligation. Comme dans le quasi-contrat, non seulement elle exige une compensation, mais elle la définit avec rigueur : la restitution de la chose même qui est venue accroître le patrimoine et l'a rendu débiteur, ou, au moins, son équivalent adéquat, s'il s'agit de choses fongibles. Si, à la suite d'un prêt, d'un dépôt ou d'un gage, on négligeait la volonté des parties, il ne subsisterait que la cause pour définir l'obligation, et pourtant celle-ci se trouverait établie de façon sensiblement identique à celle qui a été précisément voulue par les parties. Est-ce à dire que chacune de ces opérations est de tous points réductible à un enrichissement indu ; et sinon, comment la volonté individualise-t-elle l'obligation ?

Elle l'atteint, non dans son principe quantitatif, mais dans sa valeur qualitative infiniment souple. Elle définit, par des conditions, l'usage de la chose pendant son séjour dans le patrimoine détenteur ; elle fixe par un terme la durée même de ce séjour. C'est là un rôle qui rappelle celui que nous avons reconnu à la volonté du gérant d'affaires. Sa volonté définit son obligation, au

cours de la gestion, mais s'arrête à la terminaison de celle-ci, parce qu'étant sorti de la limite de ses droits, il faut bien qu'un principe extérieur à sa volonté arrête définitivement son obligation. Mais ici, la volonté de l'agent possède une zone d'action beaucoup plus vaste, puisque par l'acceptation de la volonté débitrice, dans la convention, l'objet du contrat est, dans son entier, sous l'influence légitime de la volonté créancière. Du reste, cette volonté n'abuse pas de son pouvoir, et sauf peut-être en ce qui concerne les intérêts du prêt d'argent, le débiteur nes'engage guère que dans les limites de la cause.

Et ainsi le contrat réel apparaît comme le type obligatoire où la part de la volonté et celle de la cause sont le mieux individualisées, et leur vertu propre le mieux respectée. La volonté, en ne réglant que les détails qui perfectionnent l'obligation, comme le sont le terme et la condition, s'en tient à sa mission d'ordre subjectif et qualitatif. La cause continue à être la base même de l'obligation, en en réglant la mesure objective et quantitative.

II. — Mais pour autant que la volonté se confine dans un rôle moins apparent et moins décisif, il n'en faut pas moins retenir son action certaine, à côté de l'action principale de la cause. C'est pour n'avoir pas ramené les éléments créateurs à leur sens rationnel qu'on a continué à voir dans le contrat réel un type obligatoire à part, alors qu'il n'est qu'une application particulière du type contractuel général [1].

En réalité, aucun contrat n'est réel, ou si l'on veut, tous le sont, en ce sens que la volonté n'a jamais l'indépendance exorbitante qui lui permettrait de contredire le principe fondamental de la cause. Et ici, comme en tout autre cas, la cause n'est que le principe d'équivalence. Sa réalisation effective, par la remise de la chose, n'est que son application sensible et non une nécessité autonome. Seulement cette réalisation apparaît avec plus d'évidence,

(1) V. Bugnet sur *Pothier*, t. II, p. 10. — Combescure, *Existe-t-il des contrats réels en droit français? Rev. critiq.*, 1903, p. 477-491.

parce qu'en l'espèce l'objet du contrat se superpose adéquatement à la cause, en sorte que le même élément matériel étant doublement postulé, la confusion est plus facile entre sa consistance économique et son énergie juridique. Mais on en pourrait dire autant de tout acte dont l'objet est essentiellement matériel, car, dès lors, la cause de l'obligation juridique est, de plus, la matière de l'opération économique. C'est ce qui apparaît, par exemple, dans l'enrichissement indu, comme dans le louage de choses, où la cause existe dans la mesure de l'acquisition de l'objet par le débiteur.

III. — Mais cependant, ce n'est pas la seule valeur matérielle qui crée l'obligation. Celle-ci dérive d'une consistance quantitative, mais appréciée et guidée par la valeur qualitative de la volonté. Comme l'obligation du gérant, mais avec plus de netteté, l'obligation qui découle de chacun des quatre contrats que nous envisageons peut être scindée en deux parties : celle qui règle l'opération en cours, et celle qui règle sa terminaison.

L'agent, au cours de l'opération, est essentiellement tenu par les termes de son engagement. Celui-ci est rarement imprécis, et l'ordre public a peu de part à la fixation de l'obligation. Dans le commodat, l'emprunteur doit user de la chose conformément à la convention, ou dans le cas de silence de celle-ci, conformément à sa nature, et la conserver en bon père de famille. Dans le *mutuum,* il doit acquitter les intérêts à l'échéance fixée. Le dépositaire ne doit pas chercher à connaître l'objet du dépôt, ni faire, non plus que le détenteur du gage, un usage personnel de la chose, mais veiller sur elle en bon père de famille.

L'obligation par laquelle l'opération est arrêtée en revient, au contraire, à l'appui exclusif de la cause. Sa mesure, toute quantitative, peut se résumer d'un mot : la restitution de la chose même ou de son exacte valeur. Ici la volonté est indifférente. Dès l'instant qu'elle a défini l'opération qu'on entendait accomplir, elle ne peut ni faire ni ne pas faire que cette restitution n'en soit le néces-

saire achèvement. Et c'est cette circonstance qui fait de ces contrats des opérations encore foncièrement causales.

IV. — Mais, le contrat unilatéral groupe une seconde catégorie d'obligations, dans lesquelles la volonté commence déjà à accroître son empire. C'est ce qui apparaît dans le mandat et dans le cautionnement. Nous sortons vraiment de la tutelle prédominante de la cause. Il ne s'agit plus d'un enrichissement accidentel ou même d'un enrichissement voulu, mais d'une convention combinant un certain résultat, qu'elle rend directement obligatoire. La volonté n'a plus seulement un effet momentané sur une obligation faite de deux parties, et dont la principale est soustraite à son action. Cependant, deux obligations sont encore à considérer, l'une principale et nécessaire : c'est celle du mandataire et de la caution ; l'autre, éventuelle et seulement possible : c'est celle du mandant et du débiteur cautionné.

La dénomination de contrats « synallagmatiques imparfaits », souvent réservée à ces hypothèses, n'est pas caractéristique. Elles sont le prolongement et la dernière réalisation du type obligatoire constitué par le quasi-contrat, puis par le contrat réel, dans lesquels, à côté d'une obligation directe qui tend à devenir de plus en plus volontaire, il subsiste une obligation indirecte, purement causale. La volonté est encore impropre à s'étendre jusqu'à celle-ci et à l'élever au même rang que la première : ce sera l'œuvre du contrat synallagmatique. Mais la volonté réalise un gain dans l'obligation principale dont l'objet est strictement un fait voulu. C'est le seul engagement qui la définit presque tout entière. L'exécution du mandat rentre essentiellement dans ce cadre. L'obligation de rendre compte elle-même, contrairement à ce qui se passait dans la gestion d'affaires, découle à peine de la cause, car son principe est beaucoup plus qualitatif ici. Il repose sur la conformité aux ordres acceptés du mandant et sur l'intelligence apportée dans la mission, plus que sur le résultat quantitatif de la gestion.

L'obligation de la caution accuse plus nettement encore la suprématie de la volonté : elle arrive à définir non plus un fait d'activité quelconque, mais un transport de richesse, un paiement éventuel. La volonté domine donc, de toute évidence, un élément qui, par sa nature, aurait plutôt la valeur d'une cause. Elle lui retire son énergie comme telle, pour lui infuser la sienne propre. Ce qui est capital, ce n'est pas le fait matériel du paiement, c'est la combinaison intellectuelle sur laquelle repose son éventualité. Mais le résultat apparent, c'est que la caution est appelée à payer sans cause et sans qu'il naisse par là chez elle un droit à répétition.

V. — L'obligation éventuelle du mandant et du débiteur cautionné, à l'inverse, nous ramène à la cause. Le droit du mandataire et celui de la caution ne sont pas une affaire qualitative, mais purement et simplement une exigence de non appauvrissement. La justice est parfaite, à leur égard, quand on a compensé leurs avances. Le mandant remboursera au mandataire les frais occasionnés par l'exécution du mandat. Il l'indemnisera pour les pertes subies. C'est la mise en œuvre de la cause. Si la volonté apparaît, elle transforme l'opération en contrat synallagmatique. C'est ainsi qu'elle a pu prévoir un salaire en faveur du mandataire, mais par là, elle a en même temps fait du mandat un louage de services.

Le cautionné devra, de même, désintéresser la caution qui a payé sa dette, en lui en soldant le principal et les intérêts, auxquels le jeu de la cause suffisante exige qu'on ajoute la compensation des sommes déboursées pour frais ou pour dommages-intérêts. La situation particulièrement favorable de la caution suscite l'ordre public sous son aspect complémentaire de la cause. Le principe d'équivalence est élargi : la caution n'a pas seulement le droit de se retourner contre le cautionné, après qu'elle a payé ; elle a encore la possibilité de le faire dès l'instant qu'elle se voit contrainte à payer.

VI. — Au total, la cause, avec le contrat unilatéral, s'engage nettement dans la voie de la décroissance, sous l'effort progressif de la volonté. Celle-ci est devenue prépondérante dans l'obligation du débiteur principal ; et si cette dernière existait seule, le mandat et le cautionnement, en particulier, pourraient être classés dans la catégorie des obligations presque exclusivement volontaires. Mais la cause, dont l'action gouverne seule l'obligation subsidiaire, domine par là l'ensemble de l'opération et l'imprègne d'un principe d'équilibre qui ne permet de voir en elle qu'une innovation modérée. Le stade où nous sommes parvenu est le suivant : la cause et la volonté déterminent l'une et l'autre l'obligation, mais chacune en un domaine distinct, et sans collaborer.

B. — Le contrat commutatif

Avec le contrat commutatif, nous retrouvons le concours de la volonté et de la cause, mais il est devenu beaucoup plus intime : elles collaborent et se combinent. Il n'y a plus une obligation principale, toute volontaire, et une obligation éventuelle, toute causale ; il y a deux obligations directes, à la fois volontaires et causales. On ne peut donc pas dire qu'il y ait, à proprement parler, un nouveau gain pour la volonté : ce qu'elle gagne sur la seconde obligation, où elle pénètre, elle le perd sur la première, où la cause réapparaît. Cependant elle participe à l'ensemble du fait obligatoire, et c'est à elle qu'il faut imputer ce progrès qu'est la réalisation de l'obligation complète et achevée qui découle du contrat synallagmatique normal. Nous en sommes à l'étiage de l'obligation typique et parfaite. C'est l'échange, la vente, le louage, la société, l'association, la transaction, dans lesquels, à première vue, deux volontés, reposant sur deux causes, font naître deux obligations.

Les deux obligations n'en sont pas moins nettement individualisées ; seuls, leurs principes créateurs sont rapprochés : les

deux causes sont reliées par l'équilibre matériel qui s'établit entre elles ; les deux volontés, par l'équilibre psychologique dans lequel elles se fondent. Mais, c'est uniquement l'opération totale — le contrat — qui résulte de ce mélange ; et pour chacun des deux liens obligatoires, on retrouve, distincts, les deux éléments qui le créent : une cause qui part du créancier pour se fixer chez le débiteur, et une volonté qui existe chez ce débiteur même. Les deux obligations dépendent l'une de l'autre en fait, puisque chaque volonté ne se déclare débitrice, que parce qu'elle est, en même temps, créancière, et puisque chaque patrimoine ne s'enrichit, que parce qu'il s'appauvrit parallèlement. Mais en raison, les deux obligations sont indépendantes et ont chacune leur autonomie : le contrat les groupe sans les mélanger. En sorte que la volonté n'est pas plus propre à créer l'obligation, parce qu'elle se manifeste dans un concours de volontés, non plus que la cause, parce que symétriquement une autre cause crée une obligation réciproque. C'est toujours un seul engagement et un seul enrichissement qui créent chez une partie l'état d'obligé. L'autre volonté et l'autre cause sont, de ce point de vue, de simples motifs, très décisifs d'ailleurs, puisque l'engagement d'une partie est conditionné par l'engagement de la partie adverse ; c'est en ce sens seulement que l'obligation contractuelle repose sur un concours de volontés.

I. — Et par cette voie, il est possible de concilier ce que M. Gounot estime inconciliable[1] : la valeur rationnelle du contrat et sa valeur pratique. Il est faux de croire qu'un organisme peut subsister par sa simple valeur pratique et parce que sa fonction se trouve être en conformité avec des besoins certains ; il lui faut avoir vraiment une valeur rationnelle et dépendre de nécessités foncières. C'est à l'occasion des premiers qu'il naît ; mais c'est des secondes qu'il tient l'être. M. Gounot nous montre un passant s'installant dans une voiture de place dont le cocher dort, et il se demande, non sans une certaine ironie, comment

(1) *Op. cit.*, p. 156-157.

on peut croire que le prétendu contrat, qui est censé conclu, s'appuie sur autre chose qu'un besoin pratique, et sur la nécessité foncière du traditionnel accord des volontés[1] ?

Si, au lieu de considérer le contrat comme un tout compact, dont le principe interne est l'accord des volontés, on distingue en lui deux obligations dont le principe interne est pour chacune un engagement sain et indépendant, la même perplexité n'est plus possible. Ce qui est essentiel, c'est moins qu'un concours de volontés, deux engagements sains, qui d'ailleurs peuvent être tacites, et c'est moins que la réciprocité de deux causes, leur consistance suffisante, qui d'ailleurs peut être mal apparente.

Si les éléments créateurs internes étaient indifférents, la volonté contraire ou l'absence de cause ne modifieraient pas les obligations, et l'on pourrait dire alors que le contrat subsiste par sa seule mission pratique. Mais cela personne ne saurait le prétendre. Dans l'hypothèse qu'on nous propose, les deux engagements sont certains, encore que tacites : ils sont contenus dans le commencement d'exécution ; l'installation du passant dans la voiture est une volonté de contracter les obligations d'un voyageur ; la mise en marche du cocher est une volonté de contracter les obligations d'un transporteur. Et les deux causes sont non moins évidentes : l'enrichissement du voyageur est le transport ; celui du cocher est le salaire.

Ainsi, du contrat commutatif, on peut dire qu'il crée deux obligations, reposant chacune sur l'efficacité égale d'une volonté et d'une cause, d'intensité moyenne, qui se combinent. On ne peut plus isoler dans l'obligation une partie causale et une partie volontaire ; elle est tout entière causale et volontaire à la fois. On peut seulement, entre les différents chefs de l'obligation, déterminer ceux qui seraient encore engendrés quantitativement si la cause existait seule ; et ceux qui seraient encore engendrés qualitativement si la volonté existait seule.

(1) *Op. cit.*, p. 157, note 3.

C'est par là que va apparaître, au sein de cette obligation-type, la tendance qui déjà s'affirme vers un déséquilibre des éléments créateurs en faveur de la volonté.

II. — En toute hypothèse, tout d'abord, la volonté domine doublement la cause : dans son apparition et dans son énergie. L'apparition de l'enrichissement n'est plus fortuit, comme dans l'enrichissement indu ; il est prévu et recherché par la convention.

L'énergie de l'enrichissement n'est plus une compensation adéquate et objective, comme dans le prêt ; l'équivalent est fixé par la convention et sa justesse dérive de sa valeur subjective. Le prêt était plus volontaire que l'enrichissement indu ; l'échange est plus volontaire que le prêt. La cause n'est plus la graine qui germe sous la poussée des seules forces matérielles incluses en elle et qui donne un produit simple ; elle est la graine sélectionnée conformément à un certain raisonnement et elle engendre un produit différencié.

Mais de plus, entre les hypothèses de contrats commutatifs, une gradation s'établit, parce que la cause devenant de moins en moins matérielle, procure par là un gain indirect à la volonté. La cause est encore une *prestation* dans l'échange et dans la vente ; mais la possibilité qu'elle soit un *fait* se généralise : elle le devient dans le louage qui est, d'abord, un louage de choses, mais qui est aussi un louage de services, et qui sera enfin un contrat de travail.

Le fait lui-même devient un *intérêt* qui va se spiritualisant de la société à l'association : l'activité qualitative domine de plus en plus l'émolument quantitatif. Et c'est ce qui apparaît encore dans cette combinaison ingénieuse qu'est la transaction.

III. — Dans l'échange, la volonté fixe la cause, et c'est seulement par son intermédiaire que celle-ci atteint l'obligation, mais le pouvoir de la cause n'en est pas moins considérable encore.

Tout se ramène à une pure affaire d'équivalence matérielle; seulement, c'est la volonté qui a déterminé la valeur reconnue aux deux choses à équilibrer. J'échange mon cheval et ma voiture contre votre automobile. Mon obligation qui a une certaine valeur quantitative repose sur votre prestation qui possède une énergie causale. Mais ma volonté a ce rôle de faire préférer mon opinion subjective estimant que votre automobile compense mon cheval et ma voiture, à la valeur objective de ces éléments qui, d'un point de vue absolu, ne se compensent peut-être pas. La volonté élargit le criterium de la cause suffisante; il faut une inéquivalence plus considérable pour qu'il retrouve matière à s'appliquer.

IV. — Avec la vente, l'accroissement de la volonté trouve à se manifester dans la multiplicité des détails de l'obligation. Cependant, celle-ci a encore son appui profond dans la cause. C'est par elle que le vendeur doit délivrance de la chose, et qu'il est tenu de la garantie contre l'éviction qui en est le prolongement.

La garantie contre les vices marque la fin de l'action de la cause qui n'exige pas, nous le savons, une compensation rigoureusement adéquate; et accuse l'intervention de la volonté qui s'occupe de la valeur qualitative de la chose; puis l'intervention de l'ordre public qui s'attache à sa valeur socialement convenable.

Parallèlement, chez l'acheteur, le paiement du prix est l'expression même de la cause. Le paiement des frais en est le prolongement, mais il appartient, en même temps à la volonté.

L'enlèvement de la chose est l'effet le plus lointain de la cause, et le résultat beaucoup plus certain de la volonté. Ici encore, l'ordre public peut être appelé à compléter une volonté défaillante.

La vente est bien le type d'obligation dans lequel les éléments constitutifs sont concurremment le plus fermes. La cause

dépasse le lien obligatoire ordinaire et le prolonge dans le droit de rétention. La volonté détaille à l'infini ce lien obligatoire même. Elle en diversifie l'objet, comme dans la vente de clientèle ; l'effet, comme dans la vente a réméré ; les circonstances, comme dans la vente à terme ou à condition. Elle s'exalte et atteint la limite que pose la nécessité compensatoire de cause, ainsi qu'il apparaît dans la vente de droits successifs ; ou la limite que pose la nécessité sociale d'ordre public, ainsi qu'il apparaît dans la vente de la chose d'autrui ou dans la vente d'une chose future.

L'ordre public, enfin, s'affirme positivement dans la vente, en dominant l'opération par le règlement des risques, et en précisant des détails particuliers, comme dans les ventes d'animaux. La question des risques se rattache essentiellement à l'ordre public et non à la cause, malgré son caractère matériel et quantitatif. Car ce que les risques intéressent c'est la consistance économique et statique de la chose, c'est à dire l'objet, et non son pouvoir juridique et dynamique, c'est à dire la cause. Il ne s'agit pas de savoir si, selon la cause, l'énergie créatrice de la chose est diminuée, mais de fixer, selon la bonne foi, quel est des deux patrimoines en rapport celui qui doit supporter une diminution de la chose même, survenue à une époque donnée.

V. — Le louage de choses, que nous envisageons seul ici, est une combinaison très voisine des mêmes idées. Mais cet organisme se prête cependant moins à l'infinie souplesse qu'avaient les éléments constitutifs dans la vente.

Le bailleur doit la délivrance de la chose ; c'est l'effet même de la cause. Il doit garantie ; c'est un prolongement de la cause où perce déjà la volonté. Il doit, enfin, un certain entretien de la chose, ce qui ne touche plus que de très loin à la cause, et procède directement de la convention, et, pour le surplus, de l'ordre public.

Le preneur doit payer le loyer pendant le louage et restituer la chose, à son terme ; c'est le principe de la cause. Il doit veiller

à la conservation de la chose et l'entretenir, dans une certaine limite ; c'est le prolongement de la cause, mais c'est surtout le résultat de la convention. Enfin, il doit user correctement de la chose ; c'est le contenu même de la volonté, appuyé par l'ordre public. Ici encore, le problème des risques est surtout affaire de bonne foi, et relève, par conséquent, de l'ordre public.

VI. — Avec la société, le sentiment de l'égalité entre la cause et la volonté n'existe plus. Nous entrons dans le domaine des opérations qui reposent sur une activité d'une certaine valeur, beaucoup plus que sur un enrichissement d'un certain quantum. La cause, constituée par une prestation cède devant la cause constituée par un fait ; mais celui-ci, selon sa nature propre, tend à faire prédominer l'idée qui le guide sur la matière qui le constitue et à puiser sa force plutôt dans le vouloir que dans l'émolument. La réalisation des apports, qui appartient encore exclusivement à la cause, demeure bien l'assise de l'opération tout entière, mais elle est cependant soumise au but qui est devenu prédominant. Le fait capital de la gestion sociale et ses conséquences normales — telle l'obligation de ne pas céder son droit à un tiers — sont essentiellement du domaine de la volonté.

Par la nature même de l'opération, qui est un organisme plus directement social, l'ordre public est plus immédiatement intéressé ; et il est normal qu'il ait ici une exigence autonome et positive : c'est l'obligation des associés envers les tiers.

Mais la société contient encore, au total, ce principe quantitatif prépondérant : le désir, par une activité intelligente d'ailleurs, d'obtenir des bénéfices proportionnels aux apports.

VII. — Avec l'association, ce rattachement essentiel à la cause disparaît. C'est la rupture ouverte de l'équilibre entre la cause et la volonté. L'élément matériel et quantitatif — la prestation ou le fait — n'a plus que sa valeur économique ; il n'est plus une cause, mais seulement un objet, parce que cette valeur écono-

mique est sans énergie et n'enferme pas, en elle, un appel à la compensation. La volonté s'efforce de détruire dans la valeur quantitative ce germe qui tend à l'établissement d'une obligation objective. Les apports des associés sont soutenus par un but à atteindre et non par des bénéfices espérés. Le couronnement de cette tendance sera le contrat à titre gratuit, dont nous rapprocherons progressivement des types volontairement obligatoires de plus en plus caractéristiques.

VIII. — Dans son ensemble, le contrat commutatif présente un rôle décisif de la volonté dans l'obligation ; elle n'en fixe pas seulement la direction générale, elle contribue, d'une manière positive, à sa constitution. Mais la cause a, le plus généralement, conservé une puissance parallèle égale : elle mesure le quantum d'une obligation qui est encore sensiblement matérielle. L'obligation existe vraiment, et tout à la fois, en raison directe et de la volonté et de la cause.

Il ne faut pas, en particulier, conclure à la décroissance de la cause, du fait qu'elle tend parfois à demeurer dans l'ombre, tandis que la volonté tend, au contraire, à s'exprimer et à s'extérioriser. Le billet non causé [1], et l'acte abstrait [2] même, ne sont que l'apparence d'obligations dérivant du seul vouloir. Ces hypothèses ne se rapportent pas à la création interne du lien obligatoire, mais seulement à sa révélation externe et à ses conséquences, en matière de preuve et de publicité. La non indication de la cause peut être réclamée par les conditions mêmes dans lesquelles se présente l'opération : telle est la reconnaissance de dettes, consécutive à de longs rapports d'affaires qui ne permettent pas de retracer avec précision toute la raison objective de l'obligation. Mais la nécessité de la cause est si évidente que la déclaration de volonté, bien loin de la suppléer, en fera supposer l'existence, jusqu'à preuve contraire. Et cette existence de la

(1) Art. 1132 C. civ.
(2) Art. 780 C. civ. all.

cause n'est pas, pour autant, devenue un simple complément de la volonté, le formalisme allégé d'un nouveau contrat verbal ; elle est toujours un principe autonome et direct de l'obligation.

IX. — Ce sont ces idées, dont le contrat fort intéressant qu'est la transaction, réalise une combinaison voisine. Comme dans la reconnaissance de dettes, par exemple, la volonté masque la cause, mais de plus, l'incertitude qui pèse sur sa consistance n'est pas seulement subjective — les parties ignorant le montant exact de leur droit préexistant — elle est encore objective : l'existence et l'étendue du droit préexistant sont, en elles-mêmes, incertaines. La cause semble donc bien passer au second plan, puisque dans l'incertitude sur l'énergie qu'elle possède, la volonté la néglige davantage, et combine, avec plus d'indépendance, l'obligation.

Mais, comme dans l'acte abstrait, il y a plutôt là une apparence qu'une réalité. La cause est masquée, et plus profondément encore ; pour autant, elle n'est pas inexistante et l'on peut retrouver sa trace, qui est seulement plus lointaine. La transaction ne possède qu'un effet déclaratif : la puissance compensatoire de la prestation antérieure qui a créé le droit, étant trop obscurcie telle qu'elle apparaît dans la transaction, on remonte à l'opération juridique précédente, dans laquelle cette prestation a été faite et dont le droit est né avec sa précision première. Cette mesure exacte, difficile souvent, mais non impossible à retrouver, restaure la cause dans son intégrité.

Ceci ne retire point, d'ailleurs, à la volonté toute l'indépendance qu'elle a commencé à conquérir, puisqu'il subsiste qu'elle s'est déterminée et que l'obligation a été constituée avant la révélation de la valeur juste de la cause. Mais ce pouvoir est correctement limité ; la volonté peut s'obliger en ignorant la consistance de la cause ; elle ne le peut en commettant une erreur sur cette consistance. Ce sont les strictes applications de la cause suffisante qui permet une certaine latitude dans l'étendue

compensatoire de la cause ; et de l'erreur qui détruit la valeur obligatoire de la volonté. Un héritier et un tiers qui se dit propriétaire peuvent transiger valablement au sujet d'un immeuble : l'incertitude de leur droit ne doit pas faire conclure, a contrario, à l'insuffisance de la cause dans l'obligation qu'ils contractent. Mais l'ignorance de l'existence d'un héritier préférable vicie la volonté de l'héritier apparent, et son obligation tombe ; et de même, l'inexistence du droit du tiers révèle l'inexistence de la cause, et par là encore l'obligation de l'héritier apparent peut tomber.

X. — Nous nous acheminons vers le contrat aléatoire, dans lequel la volonté est prépondérante, mais nous sommes encore dans le contrat commutatif, où la volonté est moyenne. Ici, la volonté ne veut pas l'aléa ; elle le subit. Elle se soumet à la cause, autant qu'elle le peut ; elle ne la supplée que si elle y est contrainte ; elle ne cherche pas à la contredire. Nous pouvons donc constater que, jusqu'à présent, la volonté a été se développant, mais au sein de son domaine normal ; jamais au détriment de la cause, qui a gardé son indépendance et son pouvoir. Nous allons considérer, dorénavant, ce qui constitue la vérirable suprématie de la volonté, c'est à dire son action qui, débordant sur la cause, diminue celle-ci progressivement.

Section 2. — La prédominance de la volonté du débiteur

La cause, faite de l'énergie qu'elle acquiert en touchant le débiteur, n'est plus seule à constituer l'obligation. A côté d'elle, et aussi normale qu'elle, est apparue la volonté de ce même débiteur, qui ne fait pas que reconnaître l'obligation, mais qui la modifie, donc qui contribue à la créer. Dans la série d'obligations que nous venons de considérer, dans le contrat unilatéral et dans le contrat commutatif, chaque élément a reconnu et respecté l'autre. Mais il est naturel que ces deux données d'origine, de nature et de tendance opposées en viennent à se heurter. C'est le

fait de toutes les forces, et la preuve de leur énergie, qu'on ne puisse « les rapprocher sans qu'elles cherchent à s'asservir l'une l'autre[1] ».

La volonté qui poursuit son essor ascensionnel va susciter des cas, où le débiteur, après s'être dit : je suis obligé parce que je dois la compensation de la valeur que j'ai reçue et parce qu'en même temps je ressens la nécessité de me déclarer obligé ; se dira simplement : c'est parce que ma volonté saine d'être obligé existe que je suis obligé. La cause n'aurait d'importance que si je ne voulais pas m'obliger ou que si ma volonté étant incorrecte, l'obligation qu'elle pose était irrationnelle. Mais j'ai précisément, par hypothèse, manifesté une volonté saine : je dois pouvoir me débarrasser de l'exigence matérielle superflue et assouplir et perfectionner l'obligation en en faisant l'expression la plus adéquate à la raison qui me conduit à m'obliger.

Considérons deux étapes de cette tendance, dans le contrat aléatoire, d'abord ; dans l'engagement par déclaration unilatérale de volonté, ensuite.

A. — Le contrat aléatoire

En matière de droits litigieux, dans la transaction par exemple, la volonté, nous l'avons vu, subit l'aléa. Ici, elle le crée. La progression de l'effet de la volonté est évidente. Ce résultat est obtenu par un développement de la volonté, qui réduit la cause par deux côtés.

I. — Elle la réduit dans son efficacité, en soumettant celle-ci à la réalisation d'une condition, c'est à dire d'une donnée toute psychologique. Mais, cette expansion du vouloir est encore modérée ; elle existe déjà, sinon nécessairement, du moins accessoirement, dans les contrats synallagmatiques les plus normaux : la vente, le louage, tous les contrats peuvent être conclus sous

(1) Ch. Maurras, *L'avenir de l'Intelligence*. 2e Edit. Nouv. lib.. nation., 1917, p. 72.

une condition. Il faut donc seulement retenir qu'ici la condition est de l'essence de l'acte.

II. — La seconde atteinte est beaucoup plus profonde. La volonté réduit la cause dans sa consistance même : la mesure quantitative de l'obligation n'est plus un enrichissement ; elle est la chance d'un enrichissement, c'est à dire une donnée, ou mieux une combinaison, principalement psychologique. La cause matérielle est presque détruite, puisque si le risque d'enrichissement se réalise, il n'est pas expliqué par un appauvrissement antérieur égal ; de même que si le risque de perte se réalise, l'appauvrissement n'est pas indu et aucune action n'en permet le recouvrement.

Cependant, il ne faut pas conclure de là que la cause n'existe plus. Il en serait ainsi si le risque n'était compensé par rien, pas même par une chance opposée. Mais il faudrait décider alors que l'obligation n'est pas valable, puisque la volonté n'a pas prétendu s'engager sans un minimum de compensation, à la manière dont elle le fait dans le contrat à titre gratuit.

La volonté s'affirme et la cause décroît, mais celle-ci garde un minimum d'action ; et il est possible, au sein du contrat aléatoire, de faire une gradation de l'effet progressif du vouloir.

III. — Dans la rente viagère, par exemple, la réduction de la cause dans son efficacité est faible : ce n'est point la réalisation d'un fait qui est conditionnel, mais seulement l'époque de sa réalisation : la date de la mort du crédi-rentier.

D'autre part, la réduction de la cause dans sa consistance est unilatérale. Supposons la vente d'une maison moyennant le paiement d'une rente viagère. L'obligation du débi-rentier a pour cause l'attribution de la maison, dont la valeur, quoique déterminée, entraîne pour lui une obligation indéterminée : le versement d'annuités plus ou moins nombreuses. Son obligation n'est donc indéterminée que dans son objet.

L'obligation du crédi-rentier a pour cause le paiement des annuités, dont le nombre, donc la valeur, est indéterminée. Mais pourtant cette cause imprécise engendre une obligation dont l'objet est précis : la livraison de la maison.

Les deux obligations, encore que par deux voies opposées, respectent mal le principe d'équivalence que pose la cause. Mais il demeure que seule l'une des deux causes est imprécise. Le contrat, pris dans son ensemble, ne révèle qu'un seul envahissement de la volonté sur la cause, mais dont les conséquences sont doubles, parce que nous sommes en présence d'un contrat synallagmatique.

IV. — Dans l'assurance, la réduction de la cause dans son efficacité est plus radicale : la condition porte sur la réalisation même du sinistre, et par conséquent sur l'existence même de l'obligation de l'assureur.

Mais la réduction de la cause dans sa consistance est encore unilatérale. La situation est, à ce point de vue, la même que dans la rente viagère. L'obligation de l'assuré a pour cause le paiement d'une indemnité préétablie ; mais son objet est indéterminé : le nombre de primes à verser.

L'obligation de l'assureur a pour cause le paiement des primes qui est indéterminé, et qui pourtant correspond à un objet déterminé : le versement d'une indemnité préfixée.

Ici encore, il n'y a, pour deux obligations, qu'une seule manifestation du débordement de la volonté sur la cause, mais dont les conséquences se perçoivent dans l'une et l'autre obligation. Seulement, cette réaction de la volonté sur la cause est plus profonde : le principe de compensation est non seulement amoindri du fait que le nombre des primes payées varie par rapport à l'indemnité qui est invariable ; il peut être encore totalement aboli puisque si le sinistre ne survient pas les primes seront payées indéfiniment sans équivalent.

V. — Dans le jeu et dans le pari, enfin, la cause est, à la fois,

atteinte dans son efficacité, car la condition porte sur la réalisation même d'un fait : l'issue d'une alternative ; et bi-latéralement dans sa consistance, car les deux causes sont indéterminées. Pour l'une et l'autre partie, l'objet de l'obligation, — la mise — est déterminé, et pour l'une et l'autre, il a pour équivalent, donc pour cause, une valeur essentiellement indéterminée : le risque couru, qui se traduit effectivement aussi bien par un appauvrissement, — c'est le cas de perte — que par un enrichissement, — c'est le cas de gain.

Cependant, pour faible qu'elle soit, la cause est encore reconnaissable : elle est précisément ce risque réciproque et égal encouru de part et d'autre. Le principe de cause suffisante est élargi, mais non détruit, si la réciprocité des risques est égale pour les deux parties : c'est ce qui se passe, par exemple, dans le jeu de pile ou face, où les mises sont identiques, et les chances égales. Mais le principe de cause suffisante est progressivement atteint, soit que les mises soient différentes pour une même chance de gain ; soit que les chances de gain soient différentes pour les diverses parties ; c'est ce qui arrive, par exemple, dans le jeu sur les numéros, à la roulette, où le zéro est une chance supplémentaire pour la banque : celle-ci peut gagner, à la fois, sur 37 numéros, au lieu que les joueurs ne gagnent jamais que 36 fois leur mise.

VI. — En somme, le contrat aléatoire nous montre la volonté qui s'interpose dans la consistance ou, au moins, dans l'efficacité normale de la cause. En principe, dans le contrat synallagmatique, la cause chez le débiteur doit avoir pour consistance l'objet chez le créancier, et pour efficacité, une tendance compensatoire égale à la valeur absolue de cet objet. Nous venons de voir avec la rente viagère, l'assurance, le jeu et le pari, les progressives atteintes portées à la double règle normale.

L'ordre public aura assez naturellement l'occasion de se manifester ici, car ces combinaisons présenteront souvent des incorrections sociales, relevant du chef de licéïté.

Mais, du point de vue rationnel, l'opération apparaît comme étant légitime encore. La cause est réduite, mais existe toujours. Par rapport à elle, la volonté est donc demeurée dans son domaine normal. Par rapport à elle-même, la volonté est aussi à l'intérieur de son droit : l'acceptation de la volonté créancière en est le garant. Nous allons franchir un nouveau pas dans la voie de l'indépendance : la volonté débitrice va se libérer de l'appui de la volonté créancière.

B. — L'engagement par déclaration unilatérale de volonté

Dans le contrat aléatoire, la volonté augmentait sa puissance en retirant à la cause l'intégralité de son action. Elle a élargi au maximum le critère de *suffisance* qui règle le jeu de la cause. Ici, elle ne s'accroît plus au détriment de la cause ; elle s'exalte en elle-même et cherche son autonomie : la volonté débitrice veut établir l'obligation sans l'intervention de la volonté créancière. La volonté débitrice prétend à elle seule créer une obligation contre soi-même. L'acceptation postérieure du créancier, toujours nécessaire cependant, ne sera que le déclanchement, la mise en œuvre, de cette obligation déjà parfaite antérieurement.

La volonté pourra s'efforcer d'aller plus loin encore, et de poser les termes de l'obligation corrélative de l'adhérent éventuel ; mais, par là, elle devient la prétention de la volonté créancière, telle qu'elle se manifeste, par exemple, dans le contrat d'adhésion ; c'est une nouvelle ambition de sa part, qui doit être réservée pour le moment[1]. Tenons-nous en à l'effort de la volonté tendant à déterminer seule l'obligation qui lui incombera, dans un système obligatoire cependant bi-latéral.

I. — Ainsi que nous venons de le supposer, l'énergie de la cause n'est pas directement atteinte ici. Ce que prétend faire le débiteur, ce n'est pas s'engager sans cause, c'est contrôler entiè-

(1) V. *infra*, sect. 3.

rement cette cause, la modeler en toute indépendance. Cette volonté qui s'est habituée dans le contrat aléatoire à affaiblir progressivement la puissance immédiate de la cause, conçoit désormais celle-ci comme un élément nécessaire peut-être de l'obligation, mais qui l'atteint par son propre intermédiaire, et qui n'a pas d'énergie directe. La volonté prend radicalement cette position : elle fait de la cause un simple soutien de son expression.

Le débiteur raisonne sensiblement ainsi : je vais définir de toutes pièces et dans tous ses détails l'obligation que je veux contracter, un emprunt, par exemple. C'est uniquement de mon calcul et de ma combinaison que vont émaner la fixation de la somme, son fractionnement, les intérêts que je verserai. En toute liberté, je résume mon raisonnement en une formule, qui est aussi la traduction de mon obligation : j'émets 2.000 obligations de 500 francs à 4 % d'intérêt. Ma volonté est toute puissante, sauf pourtant en ceci que dès l'instant que je n'entends pas faire une donation, la cause exige qu'à la délivrance de chaque obligation corresponde le versement du prix.

Mais ce prix lui-même quel est-il ? A-t-il la consistance de l'équivalent au sens où le réclame la cause ; et dès l'instant que je décide que pour chaque titre je donnerai 20 francs d'intérêt annuel à 4 %, suis-je contraint d'exiger de mes souscripteurs la somme invariable de 500 francs ? En réalité, ma volonté a conservé une partie de son indépendance : si elle ne domine pas pas l'existence de la cause, puisqu'il faut qu'il y ait un prix de souscription ; elle domine sa mise en œuvre, c'est à dire la suffisance de la cause, puisque ce prix de souscription, je l'élève ou je l'abaisse à mon gré. Si je le fixe à 480 francs par exemple, ceci dérive plus d'une appréciation subjective que d'une adéquation objective. En fait d'ailleurs, il faut constater que la loi de l'équilibre est trop inéluctable pour ne pas retrouver partiellement au moins son efficacité ; c'est ainsi que, d'une manière générale, on peut dire que plus l'intérêt est élevé, plus le taux d'émission est

proche du pair ; plus, au contraire, l'intérêt est faible, plus le taux d'émission est éloigné du pair.

Ainsi, l'engagement par déclaration unilatérale est amené insensiblement à comprimer la cause, comme l'a fait le contrat aléatoire. Il la réduit dans son efficacité : la cause apparaît moins comme une nécessité autonome que comme une condition du fonctionnement de la volonté. Il la réduit même dans sa consistance, puisque l'équilibre peut être plus ou moins profondément faussé.

II. — Mais plus encore qu'un recul de la cause, l'engagement par déclaration unilatérale traduit un progrès de la volonté. La même atteinte portée à la cause était réciproque et conventionnelle dans le contrat aléatoire, ce qui est encore une manière éloignée d'équilibre ; mais ici, elle dérive de la seule volonté du débiteur qui naît et qui crée par elle seule : le lien de droit est défini par une seule de ses deux attaches. C'est bien en présence de cette volonté créatrice unique qu'il convient de parler de l' « autonomie de la volonté ».

Il ne faut point, au reste, insister exagérément sur ce caractère nouveau de la volonté, car il est déjà celui qui, avec moins d'évidence, mais non moins de certitude, définit toute volonté juridique créatrice. L'élément psychologique qui possède une force obligatoire, c'est, nous le savons, l'engagement, c'est à dire la volonté une et non l'accord de plusieurs volontés. Dans le contrat commutatif, aussi bien que dans l'engagement par déclaration unilatérale, ce qui importe c'est la déclaration de volonté du débiteur.

C'est sous la pression de cette réalité que la pollicitation tend à devenir un organisme complet à lui seul, et à acquérir une valeur obligatoire directe. Le retrait de l'offre, pendant la période expressément ou tacitement ou normalement départie à l'acceptation, n'est pas une faute délictuelle, mais déjà une inexécution contractuelle, car elle peut être dite l'inobservance d'un engage-

ment. Par son offre, le débiteur pose son obligation ; seulement, il fait de l'acceptation du créancier la condition et le terme suspensif de son efficacité.

Il en va de même ici ; mais l'indépendance de l'engagement du débiteur est un peu plus accentuée. Il pose son obligation et s'oblige à la fois, toujours sous une condition et un terme suspensif. Et de plus, la portée de l'engagement est plus illimitée : toute personne est fondée à se constituer créancier de cette obligation qui plane et qui ne cherche qu'un appui où se reposer [1]. On sent, à nouveau, par là l'envahissement de la volonté au détriment de la cause. L'appui désiré et nécessaire de l'opération n'est pas la contre-prestation indépendante d'un créancier ; c'est vraiment la condition et le terme tout intellectuels définis par le débiteur et qui masquent la contre-partie matérielle de la cause.

III. — Cependant la cause, encore que défigurée, n'en existe pas moins, et au total, l'engagement par déclaration unilatérale se heurte plus à la justice sociale, révélée par l'ordre public, qu'à la pure justice objective. La volonté s'est exaltée ; elle n'a plus la valeur encore relative d'une offre ; elle a la valeur absolue d'un engagement ferme, conclu « avec soi-même », et sur l'existence ou la mesure duquel la discussion n'est plus permise au souscripteur. L'obligation est ramassée dans un titre qui circulera comme la monnaie même, c'est le titre au porteur. En lui, la cause apparaît comme trop soumise à la volonté, et l'ordre public voit dans cette situation un danger. C'est pourquoi, il s'efforce de restreindre ce type obligatoire aux seules hypothèses où l'intérêt pratique le réclame ; de même que le droit Romain soumettait la volonté unilatérale à l'existence d'un intérêt religieux comme dans le *votum*, ou d'un intérêt public comme dans la *pollicitatio*. Mais alors même qu'il en reconnait la légitimité, il est curieux

(1) Cf. Savigny, *Le droit des obligat.*, II, 61-64. — Art. 793-932 C. civ. all.

de constater comment l'ordre public tend à remplacer la cause en voie de disparition, par un certain retour vers le formalisme, qui démontre l'impossibilité radicale de laisser au vouloir une pleine indépendance dans l'acte à titre onéreux : une circonstance de fait, à défaut d'un élément rationnel, vient lui donner la correction qui risque trop de lui manquer.

C'est ainsi que l'ordre public exige des garanties particulières et établit des formalités qui doivent être respectées dans la constitution ou l'émission des titres. Il est supplétif de la cause, comme nous l'avons vu supplétif de la volonté ; et il s'élève jusqu'à se convertir en obligation légale. Nous retrouverons une nouvelle manifestation du même mouvement, lorsque les faits nous remettrons en présence d'une situation semblable : c'est par une raison identique que, dans la donation, l'intérêt social vérifiera la volonté individuelle débitrice, qui aura prétendu se passer bien plus radicalement encore, du complément naturel qu'est la cause. Mais entre ces deux stades de l'indépendance de la volonté débitrice, il convient de situer un nouvel effort, assez paradoxal, tenté par la volonté vers la conquête de son autonomie : c'est la prétention de la volonté créancière à définir l'obligation.

Section 3. — La prédominance de la volonté du créancier

La volonté s'est affermie au point d'être créatrice parce qu'elle s'est présentée dans des conditions essentiellement normales : il est logique que la volonté du débiteur participe à la constitution de l'obligation qu'il contracte. Mais, ayant conquis une puissance, elle va prétendre en généraliser l'action : le contenu d'une volonté saine, d'où qu'elle émane, doit avoir la capacité de devenir le contenu d'une obligation. La volonté créancière, qui possède une suffisante valeur interne, doit avoir aussi une suffisante valeur créatrice. Au reste, nous ne faisons que retrouver là, mieux consolidée, une réalité de fait qui existe déjà dans la généralité des contrats. Le plus souvent, c'est la volonté créan-

cière qui imagine et établit l'obligation, à laquelle la volonté débitrice vient simplement donner la vie qu'elle ne règle pas. C'est l'importance décroissante de cette collaboration du débiteur, initialement la plus décisive, que nous allons voir s'affirmer dans une double étape. Dans le contrat d'adhésion, la volonté créancière tend surtout à ignorer la cause. Dans la stipulation pour autrui, elle tend surtout à ignorer la volonté débitrice. Dans les deux cas, une volonté cherche à trouver dans sa seule force le pouvoir de définir une obligation qui incombera à autrui.

A. — Le Contrat d'adhésion

Au sein du contrat, la tendance s'accuse de la prédominance de l'idée, manifestée dans la volonté, sur la chose, exprimée par la cause ; et au total, l'obligation est plus encore une appréciation qualitative qu'une évaluation quantitative. C'est ce qui apparaît, par exemple, dans la rémunération donnée au chirurgien, qui correspond plus encore à son habileté personnelle qu'à la difficulté effective de l'opération. Et cette tendance ne peut que s'accroître à mesure que le contrat est appelé à régler l'accomplissement d'un service, au même titre que la réalisation d'une prestation.

A côté du louage de choses, que nous avons considéré, et qui est une application normale des principes obligatoires, il y a le louage d'industrie, où la valeur matérielle de la prestation s'amoindrit déjà, puis le louage de services, où il s'agit évidemment d'une activité qualitative. En tant que ces opérations présentent des combinaisons nouvelles du jeu de la volonté et de la cause, elles ne sont pas anormales. Tant qu'une volonté débitrice, sensiblement libre, concourt avec la réception d'une cause, sensiblement suffisante, le résultat est correct ; seule a varié la proportion de l'apport fourni par les éléments créateurs, qui témoignent ainsi de leur ingénieuse souplesse.

Mais à côté de cette modification interne et secondaire, il en

est une autre, plus déformatrice, qui est due à l'influence externe des circonstances économiques. Son action est considérable, puisqu'elle a pour résultat de rompre l'égalité moyenne entre le créancier et le débiteur. Celui-ci est encore un individu ; mais celui-là est une puissance : l'État, une société, au moins un grand industriel ou un grand commerçant. L'opération juridique devient un contrat d'entreprise ou un contrat de travail. D'une part, la cause est diminuée, puisqu'elle a pour consistance économique un fait et non un émolument. D'autre part, la volonté est exaltée, puisque la valeur quantitative du fait est soumise à l'appréciation qualitative du créancier. C'est le contrat d'adhésion, dans lequel, à la fois, la cause et la volonté débitrice sont enserrées par un seul principe vraiment actif : la volonté du créancier. Considérons successivement cette double transformation.

I. — Le contrat d'adhésion présente cette première caractéristique que le résultat régulier de la cause est modifié par l'effet de la volonté. Les deux obligations, celle du patron et celle de l'ouvrier, pour prendre le contrat de travail comme type, ont ce caractère. L'obligation du patron, qui a pour cause le travail fourni par l'ouvrier, lui est rarement adéquate en valeur ; le salaire est inférieur à l'enrichissement produit. A l'inverse, l'obligation de l'ouvrier, qui a pour cause la rémunération promise, est souvent supérieure en valeur à celle-ci, étant données en particulier les retenues de salaire par amendes pour des infractions qui ne diminuent pas ou qui diminuent dans des proportions trop faibles le travail accompli, pour qu'il soit possible de les légitimer par le principe de cause suffisante.

Cependant, du point de vue de la cause, l'obligation n'est pas viciée dans son principe. Si l'équivalence réclamée par la cause suffisante n'a pas été respectée, c'est seulement la mesure de l'obligation, et non son fondement, qui est atteinte.

II. — Mais cette situation provient d'une circonstance très

particulière, c'est que la volonté du patron est seule à définir, à la fois, sa propre obligation, ce qui est normal puisqu'alors il est débiteur, et aussi celle de l'ouvrier, ce qui est beaucoup plus paradoxal, puisqu'alors il est créancier. C'est la seconde caractéristique du contrat d'adhésion qui, du reste, domine la première : la cause est influencée par la volonté, mais cette volonté est celle du créancier.

Nous pouvons négliger, en effet, comme principe obligatoire, l'adhésion du débiteur. La situation est inverse de celle que réalisait l'engagement par déclaration unilatérale. La volonté débitrice se constituait elle-même, puis elle attendait l'acceptation du créancier, qui n'est jamais qu'un déclanchement : c'était la logique poussée à l'extrême.

Ici, les termes du problème sont renversés, et il semble bien que nous tombions dans l'illogisme. C'est le créancier qui constitue l'obligation, et c'est le débiteur qui l'accepte. En d'autres termes, de la double énergie que possède normalement la volonté qui s'oblige — une force de déclanchement de l'opération, parce qu'elle est une déclaration ; et une force de création de l'obligation, parce qu'elle est un engagement [1], — la volonté débitrice a perdu ce qui est sa force créatrice de droit, qui a été conquise par la volonté créancière, et elle n'a conservé que ce qui est sa force déterminatrice de droit, qu'elle manifeste par son adhésion. C'est encore elle qui met en œuvre l'obligation, mais ce n'est plus elle qui en fixe le contenu.

Dès lors, la question qui se pose est de savoir comment la volonté créancière peut puiser en soi la puissance de constituer l'obligation du débiteur, avec une indépendance qui n'a pour limite que la condition de l'adhésion de celui-ci, laquelle est, le plus souvent, imposée par la nécessité ?

III. — La détermination des circonstances dans lesquelles cette

(1) *Supra*, II[e] partie, ch. I, section 3.

volonté créancière se produit, doit être précisée. Il s'agit de la volonté d'un créancier qui possède une indépendance et une puissance particulièrement grandes. Mais, cette indépendance et cette puissance reposent sur des bases saines et fécondes : l'accomplissement satisfaisant d'un travail économique dans des conditions plus conformes aux exigences et aux besoins généraux. Ce créancier, c'est un patron ou une société qui produit beaucoup et à bon compte ; c'est peut-être même un groupement qui a acquis un monopole, en raison du service qu'il rend, telles les usines produisant le gaz ou l'électricité ; c'est peut-être enfin une commune, un département, l'État lui-même. En sorte que cette volonté si puissante est moins une volonté individuelle qu'une volonté collective, ou sociale, ou légale enfin. La charge sociale qui primitivement est totalement rapprochée de la charge politique et tout entière gérée par l'État tend, avec les transformations de la vie, à se différencier et à se morceler à l'infini. L'État conserve le pouvoir purement légal, mais le pouvoir réglementaire est détenu par des mains de plus en plus nombreuses [1]. A mesure que la volonté traduit un intérêt moins strictement individuel et plus directement social, ce qu'elle engendre est moins une opération privée qu'une institution ; et l'ordre public ajoute à la puissance normale de la volonte individuelle ce supplément de puissance sociale qu'est la détention, de fait ou de droit, d'une parcelle plus ou moins considérable du pouvoir réglementaire.

La volonté du débiteur qui adhère, alors que, par ailleurs, le principe de cause est respecté, est donc moins atteinte par une autre volonté individuelle exorbitante, que par une volonté que sa mission permet d'appeler une volonté sociale. A vrai dire, l'obligation résulte ici, dans son fondement, non du concours de la cause et de la volonté, mais du concours de la cause et de l'ordre public ; la volonté n'a d'individualité que comme source

(1) Comparer l'idée de Saint-Simon d'un acheminement vers une organisation sociale qui sera moins politique qu'industrielle. Gide et Rist, *Hist. des doctrines économiq.*, 2e édit. 1913, p. 242.

de l'obligation ; pour le surplus, elle n'est que le véhicule nécessaire de l'ordre public. Tout au moins le contrat d'adhésion est-il tel pour partie, car pour une autre partie, il demeure un simple contrat.

IV. — La vérité veut que l'on fasse dans l'opération totale deux parts, dont l'une est réglementaire et l'autre contractuelle. Il semble très naturel de rapprocher, à ce point de vue, le contrat d'adhésion du mariage : leur composition juridique est tout à fait semblable. L'un et l'autre sont, à la fois, une opération conventionnelle, relevant d'initiatives privées et établissant une situation privée ; et puis, une institution sociale qui intéresse l'ordre général de la société. Le mariage est réglementaire en tant que la loi définit les devoirs des époux envers eux-mêmes [1] ou envers leurs enfants [2]. Il est conventionnel dans le choix réciproque des époux l'un par l'autre et dans l'organisation du régime de leurs biens. C'est cette distinction qu'il convient d'appliquer au contrat d'adhésion.

Il est réglementaire en tant que l'ordre public l'influence. Il est une institution dont les exigences apparaissent dans le cahier des charges, dans le règlement d'atelier, dans les clauses immuables de la police d'assurance, dans les ordres ou les défenses faits par les compagnies de chemins de fer ou de navigation. Nous ne sommes jamais en présence d'une pure volonté privée, ayant acquis, par hasard, une puissance illimitée. Nous sommes toujours en présence d'un dérivé plus ou moins proche de la volonté publique, reconnaissable dans le monopole, dans l'homologation des tarifs, ou au moins dans cette sorte de gestion d'affaires au nom de l'intérêt général, qui est ratifiée par l'ordre public dans l'organisation de la petite aussi bien que de la grande industrie.

Ainsi que l'écrit M. Rouast, l'obligation découle « d'un droit

(1) Art. 212 et suiv. C. civ.
(2) Art. 203 et suiv. C. civ.

nouveau, fondé sur la nécessité, au lieu d'être fondé sur la volonté[1] ». Mais cette nécessité qu'est-elle, sinon cette énergie particulière créatrice d'obligation qui, sous sa forme absolue et indépendante a nom « la loi », et qui, sous sa forme relative et combinée avec les principes obligatoires d'ordre individuel, a nom « l'ordre public ». C'est cette seconde hypothèse qui, avec une grande netteté, est réalisée par le contrat d'adhésion. C'est qu'en effet, ainsi que nous allons le voir, cette partie réglementaire ne fait que se surajouter à la partie qui demeure logiquement la première et la principale : le contrat. Admettre directement une obligation légale, c'est dépasser la vérité, et c'est tomber, en pratique, dans l'étatisme : l'opération doit avoir non pas une valeur politique, mais une valeur sociale. N'admettre que l'obligation conventionnelle, ce n'est pas atteindre toute la vérité, et c'est pratiquement opposer à la puissance créancière qui s'est accrue, une puissance débitrice qui se sera fortifiée, fût-ce artificiellement ; c'est mettre aux prises dans un antagonisme certain la société industrielle et le syndicat[2] : l'opération doit avoir plus qu'une valeur individuelle, une valeur sociale, mais qui ne détruise pas sa valeur individuelle, et qui la complète seulement.

C'est dans cette première partie de l'obligation que l'ordre public est devenu créateur. Il n'est plus supplétif d'une volonté imparfaite ; il se subsistue à deux volontés individuelles qui se perdent en lui, parce qu'elles avaient entrepris avec un but privé un acte qui a une portée sociale. L'ordre public arrive alors à se traduire en règles précises, comme l'est le délai de préavis pour le renvoi de l'ouvrier ; et finalement en véritables lois, comme le sont la loi sur les accidents du travail ou la loi sur les retraites ouvrières. La volonté créancière n'a pas pu s'exalter jusqu'où, à première apparence, il semblait qu'elle le fît.

(1) *Essai sur la notion jurid. de contrat collect.*, p. 410.
(2) V. Gide, *Confér. sur le contrat de salaire*, p. 11 et suiv.

V. — Mais, au-dessous de cette partie réglementaire, il y a la partie contractuelle qui est le principe même du contrat d'adhésion et qui le soutient, dans son ensemble. C'est qu'en effet, nous n'avons pas atteint le domaine propre de l'obligation légale où la loi ordonne, sans intervention de la volonté des particuliers. C'est encore cette dernière qui engendre l'obligation. Or, de même que la volonté créancière a été arrêtée, dans la partie réglementaire, par l'ordre public, elle est arrêtée, dans la partie contractuelle, par la volonté débitrice qui reprend son pouvoir créateur nécessaire, encore qu'affaibli. L'adhésion est certainement, dans une certaine mesure, un engagement. Le débiteur a connu, accepté, et donc voulu certaines clauses. Ce ne sont point forcément les clauses manuscrites, par opposé aux clauses imprimées. Ce sont celles dont l'intérêt est primordial pour le débiteur et sur lesquelles sa volonté n'a pas pu ne pas s'arrêter : c'est dans un contrat de travail, par exemple, la nature et la durée du travail, le salaire qui le rétribue. En sorte que le développement de la volonté créancière est réduit à fort peu de chose. Il existe simplement dans la mesure où c'est elle qui propose l'obligation comme un tout invariable, restreignant ou supprimant par là le pouvoir de la volonté débitrice de fixer le contenu de l'obligation ; mais pour autant, cette volonté débitrice, de qui ne relève plus la mesure de l'obligation, est toujours maîtresse du principe essentiel et qui domine cette mesure même : l'existence de l'obligation. Elle est demeurée génératrice.

VI. — En résumé, le contrat d'adhésion n'est qu'une nouvelle combinaison des trois mêmes éléments obligatoires, de volonté, de cause et d'ordre public. Il les groupe seulement d'une façon un peu plus paradoxale, en apparence surtout, et très ingénieuse, au fond. Un créancier, plus puissant que le débiteur, propose à celui-ci une obligation prédéterminée ; c'est ce qui arrivera, tout aussi bien, dans la vente ou dans le prêt, où le principe de discussion peut n'être que bien théorique. L'attention

de l'adhérent porte sur les points de l'opération qui ont une importance privée certaine. Il veut les clauses qui s'y réfèrent. Sa volonté saine, appuyée sur une cause suffisante, et complétée au besoin par l'ordre public dans son rôle supplétif, engendre le contrat.

Mais l'objet de cette obligation est vaste et il intéresse directement la société, surtout par certaines clauses que l'adhérent a précisément ignorées ou négligées. Ces clauses, c'est la volonté créancière qui les veut, mais cette volonté est impropre à obliger le débiteur, en dehors du contenu de la cause ou de l'acceptation de la volonté débitrice. Or, ces clauses n'ont pénétré ni l'un ni l'autre de ces deux facteurs ; si donc elles s'imposent au débiteur, ce n'est pas parce que le créancier les a imaginées, mais parce qu'en les imaginant, il a respecté ou plus probablement développé des principes que l'ordre public autorise ou conseille, comme étant socialement satisfaisants. C'est pourquoi le contrat d'adhésion crée chez l'adhérent une obligation que l'on peut scinder en deux parties : la première, conventionnelle, est due essentiellement au jeu de la cause et de la volonté ; la seconde, réglementaire, est due essentiellement au jeu de la cause et de l'ordre public. L'obligation n'a pas perdu sa correction et sa cohésion internes : elle est toujours due, dans son ensemble, aux trois seuls éléments qui ont le pouvoir de créer l'obligation consécutive à un fait licite. Mais l'ordre public arrive, pour la première fois, sur le même pied que la volonté et que la cause, parce que, pour la première fois, l'opération est mi-sociale et mi-privée. C'est la logique même.

B. — La stipulation pour autrui

Classer la stipulation pour autrui dans la catégorie des hypothèses qui témoignent d'un développement de la volonté créancière, c'est envisager en elle le seul rapport du stipulant avec le promettant. Dans les rapports du tiers bénéficiaire soit avec le sti-

pulant, soit avec le promettant, la volonté créancière, qui est celle de ce tiers bénéficiaire, est au contraire affaiblie au maximum ; l'obligation, en tant qu'elle découle de la volonté, découle donc de la volonté débitrice, et d'une volonté débitrice particulièrement forte. Nous pouvons dire que nous sommes alors en présence d'un engagement par déclaration unilatérale de volonté, renforcé, et qui a acquis un pouvoir créateur immédiat plus caractérisé encore.

Si cette première partie de la stipulation pour autrui est déjà aventureuse, elle appartient encore à un développement de la volonté, que nous avons pu légitimer : l'exaltation de la volonté débitrice. Mais, la stipulation pour autrui ne contient-elle pas une seconde partie plus téméraire : la prétention d'une volonté créancière — celle du stipulant — d'organiser l'obligation du débiteur : le promettant ?

Cet effort que nous venons de rencontrer déjà dans le contrat d'adhésion n'avait abouti qu'à un résultat beaucoup plus apparent que réel. Pour une large part, l'obligation de l'adhérent dérive moins de la convention que de l'ordre public ; et dans la mesure où elle dérive de la convention, on peut la rattacher, encore que ce soit par un détour, à la volonté débitrice. Enfin, le principe de cause est, en tout cas, maintenu dans son indépendance ; l'ordre public est tout entier d'ordre social, et la volonté est demeurée subjective et qualitative.

I. — C'est sur ce dernier point que la stipulation pour autrui paraît marquer une victoire nouvelle de la volonté pure. Sans doute, l'existence de la cause n'est pas contestée, mais son efficacité est influencée par la volonté et son jeu déformé dans son principe, qui semblait immuable, à savoir que l'énergie juridique produite par le déplacement d'une valeur est limitée aux relations du patrimoine qui s'appauvrit avec le patrimoine qui s'enrichit. Ici, il n'y a pas deux parties, mais trois. Un stipulant a transporté une valeur chez une partie ; le principe normal

de la cause veut qu'une obligation naisse à la charge de cette dernière, qui est devenue un débiteur. Mais la nécessité compensatoire incluse dans cette cause, qui serait normalement une tendance du patrimoine débiteur à fournir une contre-prestation au patrimoine du stipulant, est modifiée par la volonté créancière de ce stipulant : l'équilibre doit être poursuivi, au moins pour partie, entre le patrimoine du débiteur, qui devient un promettant, et celui d'un tiers, qui est le bénéficiaire de l'opération ; et alors qu'aucune cause n'explique entre eux le déplacement de valeur exigé. Le jeu de la cause est devenu anormal, sous la pression de la volonté créancière ; mais en quoi consiste cette anomalie ? Est-elle une diminution de l'énergie de la cause, comme il est naturel de l'attendre d'une volonté qui empêche la cause d'atteindre son résultat habituel ? Non point, elle est précisément l'inverse. Le vouloir s'accroît, mais en accroissant la puissance d'expansion de la cause. Non seulement il la suppose, mais il lui communique une force, et cette force a pour but d'amplifier l'énergie causale, d'étendre sa puissance du patrimoine stipulant au patrimoine du tiers bénéficiaire.

Il semble que l'harmonie qu'il faut obtenir entre les trois éléments créateurs de l'obligation est si régulière qu'elle arrive souvent à s'établir d'elle-même. La tendance la plus caractéristique, parce qu'elle est la plus dangereuse, est celle de la volonté créancière à définir l'obligation du débiteur. Dans le contrat d'adhésion, qui est une première manifestation de cette tendance, l'ordre public s'accroît de soi-même, afin d'empêcher un déséquilibre dans l'obligation. Dans la stipulation pour autrui, c'est la cause qui vient contrôler la volonté, alors que celle-ci prétendait se la soumettre. Il est une logique profonde entre les trois principes constitutifs de l'obligation ; comme tous les organismes vraiment vitaux ils s'adaptent, mais ne disparaissent pas.

Il faut constater, du reste, que cette adaptation n'en équivaut pas moins, en fait, à une certaine disproportion entre les principes constitutifs. C'est ainsi que du contrat d'adhésion à la stipulation

pour autrui, la volonté créancière n'a pas laissé que de s'émanciper davantage. Avec le premier, elle était radicalement dominée par l'ordre public, dès qu'elle s'efforçait d'être seule créatrice ; avec la seconde, la cause ne la domine pas entièrement ; le pouvoir autonome de la volonté créatrice est évident dans deux des effets de l'obligation : le choix du tiers bénéficiaire et l'acquisition directe de son droit.

II. — Tout d'abord le créancier, le stipulant, impose au débiteur, le promettant, un rapport d'obligation avec un tiers choisi et désigné par lui, stipulant. L'exigence de la volonté créancière n'est pas douteuse. Mais encore se cantonne-t-elle dans le domaine normalement départi à la volonté : la fixation de la mesure subjective et qualitative de l'obligation. Et, de plus, si la volonté créancière s'exalte, c'est sans comprimer la volonté débitrice : le promettant subit cette désignation d'un autre créancier, mais son intérêt n'est pas atteint par là, dès l'instant que l'existence d'une cause justifie le montant de l'obligation qui lui incombe. Or, cette cause existe, par hypothèse ; elle est la prestation antérieurement fournie au promettant par le stipulant ; il n'y a pas même détournement de l'effet de la cause ; il y en a seulement assouplissement. L'obligation n'est pas anormale ; seule est moins normale la circonstance de la libération. De ce premier point de vue, l'expansion de la volonté créancière est admissible : elle est soutenue totalement par la cause ; et, partiellement, par la volonté débitrice qui, au total, a accepté.

III. — Mais, du second point de vue, — l'acquisition directe du droit par le tiers bénéficiaire — l'extension de la volonté créancière est plus considérable. La volonté débitrice du promettant est totalement négligée. L'effet est engendré par la volonté du stipulant. Et la seule manifestation nouvelle de volonté influente sur ce point, encore qu'elle ne crée point l'obligation, est celle du tiers bénéficiaire, qui n'est elle-même qu'une volonté créancière.

Voilà donc un effet obligatoire défini par deux volontés, qui toutes deux sont des volontés créancières ; celle du stipulant qui crée l'acquisition de valeur par le tiers bénéficiaire, et celle de ce tiers bénéficiaire qui accueille cette acquisition de valeur. Mais la déclaration du tiers de vouloir profiter de l'opération n'est pas créatrice : son droit est déjà constitué ; elle est seulement confirmative : elle rend efficace le droit préconstitué. Il ne subsiste donc de puissance génératrice que dans la volonté du stipulant, dont il est possible maintenant de déterminer l'énergie.

Elle est plus qu'un fragment d'obligation, comme l'est l'offre [1]. Elle est plus qu'une obligation complète, mais non imputable entièrement à la volonté, comme l'est la gestion d'affaires [2]. Elle est plus qu'une obligation entièrement volontaire, mais encore en puissance, comme l'est l'engagement par déclaration unilatérale de volonté [3]. Elle est une obligation volontaire, complète et définitive, par sa propre force [4]. Elle est un produit de l'autonomie de la volonté, sous sa forme la plus osée : la volonté créatrice du créancier.

IV. — La volonté créancière s'est accrue au détriment de la volonté débitrice ; ne s'est-elle pas accrue aussi au détriment de la cause ? La stipulation pour autrui présente-t-elle vraiment moins qu'un détournement, un simple assouplissement de l'effet de la cause ?

Le stipulant a transporté une valeur chez le promettant. Dans la mesure où celui-ci s'oblige envers le stipulant, le jeu de la cause est essentiellement normal ; mais, dans la mesure où il s'oblige envers le tiers bénéficiaire, le jeu de la cause semble ou faussé ou anéanti, en sorte qu'il serait devenu vraiment négligeable.

(1) Laurent, t. XV, n° 568.

(2) Labbé, *De la ratificat.*, n°s 1 à 5, 54. — Vignes, *Rapp. de la gest. d'aff. et de la stipul. pour autrui.*

(3) Worms, *De la vol. unilat.*

(4) Ed. Lambert, *La stipul. pour autrui.*

La cause est, au moins, détournée radicalement de son sens : c'est le cas où il y a opération à titre onéreux dans les rapports du stipulant et du tiers. Le stipulant est débiteur du tiers et créancier du promettant ; il décide que le promettant, par simplification, exécutera envers ce tiers. En somme, on dissocie deux caractères de la cause qui semblaient intimement mélangés : sa force créatrice d'obligation, et sa valeur quantitative, dérivant de cette force. En tant qu'elles sont des forces créatrices d'obligation, deux causes apparaissent dans leur pureté première : l'une, qui ayant passé du tiers au stipulant oblige le stipulant envers le tiers ; l'autre, qui ayant passé du stipulant au promettant oblige le promettant envers le stipulant. C'est alors que l'innovation surgit : les deux valeurs quantitatives engendrées sont détachées des opérations qui les ont produites ; elles sont considérées comme pures valeurs ; c'est ce qui provoque entre elles une combinaison naturelle. Au lieu que le stipulant reçoive du promettant une valeur pour, après cela, livrer lui-même une égale valeur au tiers bénéficiaire, c'est le promettant qui donnera directement la valeur au tiers : l'équilibre entre les trois patrimoines sera atteint instantanément sous l'action d'une combinaison volontaire, au lieu de l'être successivement sous la seule action de la cause.

L'atteinte portée par la volonté créancière à la cause est donc restreinte : l'énergie de celle-ci n'est pas diminuée ; seule son entrée en jeu est dirigée par une idée.

Mais la cause va pouvoir aussi être anéantie : c'est le cas où il y a opération à titre gratuit dans les rapports du stipulant et du tiers. Le stipulant a fourni un émolument au promettant. Voilà une cause qui a pour force un appel compensatoire émanant de ce promettant au profit du stipulant. Or, par la volonté de celui-ci, le transport de valeur postulé va se faire du promettant au tiers, alors que ce tiers n'a fourni précédemment aucune valeur ni au promettant, ni au stipulant. Ce n'est plus la combinaison de tout à l'heure, par laquelle la volonté dirigeait l'énergie de la cause,

sans la modifier; ici, c'est l'énergie même de la cause qui est méconnue. Le vouloir accroît la puissance de la cause, ou mieux se substitue à elle et imagine une obligation exclusivement volontaire.

Mais cette obligation toute volontaire est strictement celle qui repose sur l'intention libérale. Il n'y a pas progrès de la volonté dans la partie de l'opération qui est demeurée à titre onéreux, c'est à dire dans les rapports du stipulant et du promettant. Nous devons réserver pour notre prochain chapitre l'étude de la répartition des éléments générateurs dans ce nouvel et dernier échelon des obligations nées d'un fait licite : le contrat à titre gratuit.

V. — Si nous jetons un coup d'œil d'ensemble sur les hypothèses les plus caractéristiques de l'obligation à titre onéreux, afin d'évaluer le travail de la volonté dans son effort vers l'affermissement d'abord, puis vers l'expansion, il nous est possible de faire une double constatation.

Dans son effort le moins radical, et le seul légitime, — s'affirmer elle-même — la volonté a réussi. Il s'est produit une différenciation entre la partie objective de l'obligation, qui répond à une nécessité quantitative, et la partie subjective de l'obligation, qui correspond à un intérêt qualitatif. La cause a maintenu son domaine; mais, il a paru logique et désirable qu'il ne fût pas le seul et que l'équilibre entre les choses fut parachevé par une volonté des personnes de voir cet équilibre se réaliser. Et l'évidente antinomie entre le domaine objectif et quantitatif et le domaine subjectif et qualitatif a été la meilleure garantie contre l'inadmissible empiètement de l'un sur l'autre. Lorsqu'on s'oblige, à la fois, parce qu'on le veut et parce qu'en échange de la valeur qu'on donne on reçoit une autre valeur, il n'appartient pas plus à la cause d'interdire l'action de la volonté saine, qu'il n'appartient à la volonté d'interdire l'action de la cause suffisante.

Mais dans l'effort le plus radical de la volonté, s'exaltant jusqu'à apparaître chez le créancier, — effort qui, lui, est illégitime — la

volonté a échoué. Elle ne peut créer à son profit un droit, mais seulement, à sa charge, une obligation. C'est cette idée dont la logique interne de l'obligation a assuré le respect. C'est ainsi que dans le contrat d'adhésion, la cause a contrebalancé la volonté créancière, dans la partie conventionnelle de cette opération ; et que l'ordre public l'a contrebalancée, dans la partie réglementaire de cette opération. Et c'est ainsi qu'un même et spontané rétablissement de l'harmonie s'est produit dans la stipulation pour autrui ; la volonté créancière a respecté l'indépendance de la volonté débitrice et l'appel compensatoire de la cause. Elle n'a pas défini le lien obligatoire ; elle a seulement organisé l'exécution de l'obligation, en précisant successivement le mode de libération du promettant, le mode d'acquisition du droit par le tiers bénéficiaire, le mode de fonctionnement du principe de cause.

La volonté créancière n'est pas créatrice, car elle n'est pas composée de la force active du vouloir : l'engagement.

La volonté, en voie de progression, semble s'être aventurée, à la légère, dans une direction qui ne pouvait la conduire à rien ; elle s'est avancée sur un chemin de traverse, où elle s'égare. Ce n'est point en le suivant qu'elle poursuivra son développement logique. Il lui faut revenir sur ses pas, reprendre sa forme correcte de volonté débitrice, et achever de conquérir, sous cet aspect, une puissance directe et indépendante. Elle va le faire, en prétendant, maintenant qu'elle est une force, être, de plus, une force exclusive. C'est la dernière étape. Le débiteur se déclare obligé parce qu'il le veut, et sans attendre de la valeur qu'il livre aucune compensation. Il ne subsiste que la volonté, mais une volonté qui, puisqu'elle est seule, doit avoir, pour engendrer l'obligation, une valeur qualitative intense : c'est l'intention libérale, constitutive du contrat à titre gratuit.

CHAPITRE V

Le contrat à titre gratuit

Nous reprenons donc ici l'évolution de la volonté normale : la volonté débitrice. Elle va atteindre son maximum : reculer indéfiniment l'action de la cause, et finalement la supprimer. Les hypothèses qui se groupent dans cette classe du contrat à titre gratuit présentent un affermissement progressif de la volonté et une dégradation parallèle de la cause.

Mais, en général, suivant une idée préconçue de laquelle on part, ou bien on trouve dans l'*intention libérale* ou dans le *motif déterminant* un vestige de la cause que l'on oppose à la volonté pure, au vouloir ; et l'on dit que la donation a une cause. Ou bien l'on estime que cette *intention libérale*, que ce *motif déterminant* n'est qu'une partie de la volonté ; et l'on dit que la donation n'a pas de cause.

Ces deux raisonnements sont également exagérés dans leur conclusion rigide et absolue. Ce qui est vrai, c'est que, comme nous le savons déjà, un même et seul élément, possède, à la fois, une force créatrice autonome et directe, en tant que cause ; et une force d'influence indirecte, en tant que motif agissant sur la volonté. L'acquisition de la chose par l'acheteur a une double action sur l'obligation de cet acheteur : objectivement et quantitativement, elle est un enrichissement de son patrimoine qui sollicite directement un appauvrissement compensatoire, en faveur du vendeur : elle est une cause. Subjectivement et qualitativement, elle est un désir de son esprit, une des sollicitations qui

pèsent sur lui et qui, par l'intermédiaire de la volonté, aboutissent à l'obligation, puisqu'elles conduisent l'acheteur à s'engager, afin que le vendeur se dessaisisse de la chose : elle est un motif.

Il en va de même dans le contrat à titre gratuit. Seulement, en suivant les hypothèses qui rentrent dans cette classe, on constate que cette donnée unique va s'affaiblissant jusqu'à disparaître, en tant que cause ; et se fortifiant jusqu'à être exclusive, en tant que motif. Elle n'est plus une prestation corrélative. Elle est successivement un fait : un service rendu, comme dans la libéralité rémunératoire ; une situation, encore objective : un lien d'affection envers une personne, comme dans la donation proprement dite ; enfin, une situation subjective : un simple intérêt intellectuel ou moral, comme dans la fondation. « L'engagement de celui qui donne, écrit Domat, a son fondement sur quelque motif raisonnable et juste, comme un service rendu ou quelque autre mérite du donataire, ou le seul plaisir de faire du bien [1] ». Voilà très exactement prévue la progressive dégénérescence de la cause, en tant que cause, et son parallèle épanouissement en tant que motif. Domat ajoute en effet : « Et ce motif tient lieu de cause de la part de celui qui reçoit et ne donne rien [2]. »

De même que le contrat à titre onéreux n'est pas un type obligatoire étranger au quasi-contrat, mais qu'il en est le prolongement et le perfectionnement en une combinaison où la valeur de la chose décroît, tandis que la valeur de l'idée s'accroît ; de même le contrat à titre gratuit prolonge et achève le contrat à tire onéreux, en abaissant au maximum l'importance de la valeur quantitative, et en exaltant au maximum l'importance de la valeur qualitative.

Les deux formules : « La donation n'a pas de cause », « La donation a une cause », sont également exagérées. En toute donation l'effacement de la cause n'est pas également radical, non plus que l'exaltation de la volonté également absolue. La volonté

(1) *Les lois civiles*, t. I, 1, sect. 1, n° 6, p. 124.
(2) *Ibid.*

du donateur prétend de plus en plus se suffire, mais il subsiste un vestige de cause, de plus en plus affaibli. S'il n'y avait pas quelque chose qui, émanant du bénéficiaire, vint solliciter l'engagement du donateur, l'obligation de celui-ci serait vraiment purement volontaire, mais elle serait, en même temps, l'acte d'un fou : je donne au cinquième passant que je croiserai dans la rue. En réalité, quelque chose se dégage encore du donataire, qui touche le donateur ; non plus assurément une prestation définie, avec son appel compensatoire déterminé, mais une certaine qualité, au sens le plus large de ce mot, un certain caractère ou un certain état. L'existence objective de ce fait interdit d'affirmer que l'obligation ne repose que sur une intention subjective. Et ceci ne ferait aucun doute s'il pouvait être démontré philosophiquement que même les choses les plus abstraites ont, par elles-mêmes, une valeur positive — une valeur d'échange — en dehors de cette valeur relative qu'est l'opinion qu'on en a, et qui est leur valeur d'usage. C'est qu'alors il ne serait plus possible de dire de celui qui fonde un prix de vertu qu'il agit sous l'empire de la pure conception subjective et qualitative qu'il a de la vertu, donc sous une pure influence de la volonté ; mais bien aussi sous l'action de la valeur absolue, objective et quantitative, si l'on peut dire, qu'a, en soi, la vertu, donc encore sous une influence de la cause.

Pratiquement, la cause a perdu son énergie créatrice indépendante ; théoriquement, on retrouve la trace de son existence. On peut dire que la volonté est tout ; il vaut mieux ne pas ajouter que la cause n'est rien. Avant que de disparaître totalement, elle devient de plus en plus impalpable. Mais les différentes hypothèses de contrats à titre gratuit sont plutôt des hypothèses de cause affaiblie que de cause inexistante. C'est ce que nous allons vérifier en parcourant ces trois dernières étapes marquées par l'obligation née d'un fait licite : la libéralité rémunératoire ; la donation proprement dite ; la fondation.

Section 1. — La libéralité rémunératoire

La libéralité rémunératoire groupe encore en son sein une cause individualisée et une volonté autonome. Elle est bien le prolongement naturel de la combinaison qu'offre le contrat à titre onéreux ; la proportion est seulement devenue plus favorable à la volonté qu'à la cause. Si cette dernière avait une action totale sur l'obligation, la somme donnée serait exactement égale à la valeur de la prestation ou du fait précédemment exécuté par le donataire ; ce serait encore une opération à titre onéreux. Mais précisément, la volonté dépasse la loi de la compensation et contracte une obligation plus étendue que celle qu'exige la cause suffisante. On peut dire que, dans la même opération, il y a, pour partie, contrat à titre onéreux, et, pour partie, contrat à titre gratuit.

Cette situation est essentiellement réalisée dans deux hypothèses : la donation rémunératoire, où la somme donnée compense avec excès un service déjà rendu ; c'est, par exemple, la donation faite à un ancien serviteur ; puis, la donation avec charges, où la somme donnée compense avec excès un service à rendre [1].

I. — Le jeu de la cause et de la volonté n'a pas à nous retenir ici. En tant que se référant à une opération à titre onéreux, nous savons comment il doit être apprécié. En tant que se référant à une opération à titre gratuit, la question qui se pose est de savoir dans quelle mesure il est légitime que la volonté puisse s'engager, en l'absence d'une cause soutenant l'obligation. Mais c'est la question même que nous allons trouver, avec toute sa netteté, dans la donation proprement dite. Il nous suffit de constater ici l'action certaine encore que partielle de la cause, en tant que cause.

(1) Cf. Pothier, *Contrats mixtes*, t. II, p. 11.

Dans la donation rémunératoire, la valeur donnée équilibre le plus généralement une prestation. Dans la donation avec charges, elle n'équilibre plus qu'un fait — une condition à remplir — ; mais si la détermination de cette condition découle d'un jugement, sa consistance objective est demeurée assez certaine pour qu'on y puisse voir le second terme d'un équilibre.

Dans le premier cas, la partie-donation dépend avérément de la partie-compensation : il n'y eût pas eu pure donation, en l'absence du service rendu Il en est de même dans le second cas : la révocation pour inexécution des charges fait tomber non seulement la partie-compensation, mais aussi la partie-donation. On peut dire que la cause a un effet direct sur la première partie de l'opération et un effet indirect sur la seconde.

II. — L'élément dont la valeur a le plus varié est, en somme, l'ordre public, qui acquiert de la puissance, comme chaque fois que l'obligation, reposant sur une volonté plus téméraire, est vérifiée de plus près par lui. Son criterium de licéïté sera souvent mis en œuvre dans des termes que nous connaissons déjà. La volonté et la cause pourront être d'accord pour créer une obligation ayant un objet illicite ; l'ordre public en empêchera le maintien. Mais la théorie du Code civil ne semble pas plus heureuse dans l'application du principe de licéïté [1] que dans l'établissement de ce principe même [2].

D'abord, à l'inverse de son système de la cause illicite, où il transporte à la cause ce qui appartient à l'ordre public, ici il attribue à l'ordre public ce qui demeure du domaine de la cause. Les art. 900 et 1172 C. civ. mettent, en effet, sur le même pied les conditions impossibles et les conditions immorales ou illicites. Il est clair qu'en ce qui concerne les premières l'obligation ne peut pas naître, car il y a défaut de cause : une valeur ne peut être compensée par un service impossible à rendre, donc inexistant.

(1) Art. 900 et 1172 C. civ.
(2) Art. 6 et 1133 C. civ. V. *supra*, II[e] Part., ch. II.

Quant aux deux autres catégories de conditions, elles se réfèrent bien à l'ordre public et n'attaquent l'obligation que dans sa validité. Mais, le jeu de l'ordre public doit rester toujours identique à lui-même. Il ne saurait y avoir lieu à distinction entre les actes à titre onéreux et les actes à titre gratuit. Il convient seulement de déterminer l'intensité de l'illicéïté et d'apprécier ce qu'elle vicie. Si elle affecte une condition dont l'importance est telle qu'elle puisse être dite la cause de l'obligation, l'obligation tout entière tombera. Mais, si elle n'affecte qu'une condition secondaire et dont la suppression ne détruit pas la logique de l'obligation, seule la condition tombera.

III. — Ces différentes remarques montrent suffisamment combien la libéralité rémunératoire est proche encore du contrat à titre onéreux et comment elle continue à grouper d'une façon moyenne la volonté, la cause et l'ordre public. Un déséquilibre beaucoup plus certain va apparaître dans les obligations foncièrement dominées par une pure intention libérale.

Section 2. — La donation

C'est avec la donation que commence vraiment à s'affirmer la dégénérescence de l'élément objectif, en tant que valeur quantitative, c'est à dire en tant que cause, et son développement parallèle en tant que valeur qualitative, c'est à dire en tant que motif, et par conséquent, en tant que volonté.

Pratiquement, on peut dire que la cause a disparu, car ce qui émane du donataire n'a pas une valeur compensatoire qui puisse expliquer l'obligation du donateur ; et que la volonté est tout, car c'est elle qui, librement ou sous l'influence de cette cause dégénérée en motif, crée directement l'obligation.

Cependant, au point de vue théorique, il convient d'envisager cet élément objectif, quoiqu'il n'ait plus d'individualité, car le principe de son influence affaiblie est le même qui eut été le principe de son action créatrice, si sa consistance avait été plus

affermie. C'est en ce sens qu'il est possible de considérer la cause dans la donation.

I. — Sous peine que la donation soit l'acte d'un fou, nous savons qu'il doit exister en elle un minimum de valeur positive qui se dégage du créancier donataire et vienne frapper le débiteur donateur. C'est par là que le motif de donner n'est pas exclusivement un motif, c'est à dire une pure appréciation psychologique subjective. Il est fondé sur un fait existant chez le donataire. Sans doute, ce fait voit s'affaiblir à l'extrême sa valeur quantitative absolue. Il n'est plus un enrichissement antérieur fourni par le donataire au donateur, et mathématiquement évaluable. Il s'agit d'une donnée de plus en plus impalpable, de moins en moins évaluable. Elle ne passe plus de patrimoine à patrimoine ; elle rayonne autour d'une personne et en influence une autre. C'est, par exemple, le fait de la parenté ou de l'affection qui, émanant du parent ou de l'être aimé, pénètre chez son parent ou chez celui qui l'aime, avec une énergie différente mais comparable à celle que possède le transport d'une valeur matérielle. C'est parfois même une simple qualité, innée comme la beauté, ou acquise ou perfectionnée comme le talent. Ici encore, ces situations dégagent une force qui, venant se fixer chez l'admirateur de la beauté ou chez l'appréciateur de tel art, est comme la prestation qu'il reçoit, et sous l'action de laquelle il aime à se tenir pour obligé.

La cause a perdu l'un de ses traits : sa valeur quantitative ; elle a vu diminuer l'autre : sa valeur objective. Mais, il serait téméraire d'affirmer que celle-ci s'est totalement évanouie. Sans doute, elle est de plus en plus dominée par l'appréciation subjective, c'est à dire par la volonté. Qu'est la puissance objective du talent d'un artiste sur un admirateur qui le gratifie, dégagée de l'opinion que celui-ci en a et qui fait qu'il veut le gratifier ? A peu près rien ; et d'autant moins que cette opinion même n'est pas que l'expression subjective de cette valeur objective. Elle est

faite encore de goûts, de tendances, d'éducation, de mode : autant d'éléments qui, en s'y surajoutant, affaiblissent la puissance de l'élément-talent. Cependant, cette dernière réalité objective est la partie essentielle de cette appréciation subjective ; elle est sa seule base indispensable : le talent est la condition nécessaire et suffisante de la volonté de gratifier l'artiste.

Mais cette donnée, qui émane du créancier et touche le débiteur, n'a que l'aspect extérieur de la cause Ce fait, qui se dégage du donataire, ne l'appauvrit pas, et par suite, il n'est pas un appel à la compensation. C'est une valeur qui se répand, sans s'amoindrir. « Le proufit de l'un » n'est plus « le dommaige de l'autre ». La volonté domine la cause non en la réduisant, mais en l'augmentant ; non en empêchant une cause de produire son effet normal, mais en faisant produire cet effet à un fait qui est un peu moins qu'une cause.

La qualité du donataire étant donc élevée, pour ainsi dire, au rang de cause, il lui est reconnu une énergie semblable à celle que posséderait une valeur dont se dessaisirait ce donataire au profit du donateur. On retrouve le lien normal et individualisé entre les deux parties : il y a plus chez le donateur qu'une intention générale de donner à un peintre de talent ; il y a la volonté de gratifier tel peintre, car c'est par lui seul qu'a été créée chez le donateur cette émotion artistique assez caractérisée pour être comparée à un émolument qu'il reçoit.

On retrouve aussi le fonctionnement pratique de la cause. Lorsque l'équivalent de la valeur donnée est l'affection du donataire pour le donateur, l'équilibre est rompu si la donation n'est pas compensée par la reconnaissance. La révocation pour ingratitude [1] n'a pas une base rationnelle différente de celle qui soutient la résolution de la vente pour non paiement du prix [2]. On comprend comment le sentiment ne peut être ici apprécié

(1) Art. 955 C. civ.
(2) Art. 1654 C. civ.

selon sa valeur morale, mais bien selon sa valeur quantitative, qui seule intéresse le droit.

Le principe de compensation reprend parfois même une forme plus assurée et redevient matériel : c'est ce qui apparaît dans la nécessité de fournir des aliments au donateur. On ne saurait nous objecter que ce n'est point là un avantage réciproque qui ait pu, aux yeux du donateur, apparaître comme l'équivalent de ce qu'il donne. Ceci est évident; mais, nous avons cherché à établir que la cause suffisante, c'est à dire un minimum d'équilibre, doit être atteint de soi-même et en dehors de l'appréciation des parties. La volonté a le pouvoir de refuser un équivalent; mais la cause ne peut être totalement éludée; elle réapparaît et pose ce minimum d'équilibre qui a pour premier terme l'obligation de donner chez le donateur, et, pour second terme, chez le donataire, l'obligation de fournir des aliments au donateur tombé dans le besoin.

II. — Voilà dans quelle mesure il faut admettre une survivance lointaine et élargie de la cause dans la donation. Logiquement, cette cause plus vague devrait avoir une force proportionnellement amoindrie, et la puissance objective et quantitative de l'obligation devrait être diminuée.

Une hypothèse est la fidèle application de ce raisonnement, c'est le legs, qui réalise cette double exigence qui semblait contradictoire : la prétention de la volonté à enrichir une partie, sans recevoir d'équivalent; l'interdiction de la cause d'admettre qu'une personne s'appauvrisse sans compensation. On peut dire que dans le legs, l'enrichissement du légataire n'est pas contrebalancé par l'appauvrissement du testateur [1]. La volonté empiète moins sur la cause; celle-ci recouvre avec ingéniosité son pouvoir. Diminuée dans sa consistance — elle n'est plus que la qualité du légataire qui suscite le legs — elle doit l'être aussi dans son énergie créatrice : elle n'engendre qu'une obligation affaiblie. L'affec-

(1) Cf. Boistel, t. I, p. 436.

tion, par exemple, qui remonte du légataire au testateur, n'est pas une prestation définie qui appelle une obligation immédiate ; elle est une sollicitation morale qui n'a la force que d'engendrer une obligation future. Le legs est l'heureuse image d'une opération dans laquelle il ne s'agit plus, selon le mot de M. Gounot « de comparer deux prestations économiques, mais de comparer une prestation économique avec son équivalent moral [1] ». La cause a permis le légitime développement de la volonté, mais sans devenir une dépendance de cette volonté : elle a reculé la naissance de l'obligation jusqu'à la mort du testateur, c'est à dire jusqu'à une époque où, en quelque sorte, l'obligation ne peut être que la diminution d'une fortune et non l'appauvrissement d'un patrimoine.

III. — Dans la donation, il n'en va pas ainsi. Cette même qualité qui émane du donataire avec une énergie affaiblie entraîne l'appauvrissement effectif et immédiat du donateur, comme si elle était un véritable émolument. Il faut vraiment reconnaître l'extension du vouloir, son débordement sur la cause qui est entraînée par lui.

La volonté va désormais avoir un double rôle. Elle va remplir déjà sa mission d'ordre subjectif et qualitatif qui est devenue prépondérante. Cette intention libérale qu'exprime l'adage populaire « Il faut moins s'attacher à ce que l'on donne qu'à l'intention avec laquelle on donne », est le principe même de la donation. Il convient que cette volonté soit particulièrement correcte et saine. Par là s'expliquent les précisions légitimes concernant la capacité de donner, l'état mental du donateur, l'effet du dol reconnu même aux manœuvres émanant d'un autre que le donataire [2].

IV. — Mais, en même temps, la volonté a conquis un second

(1) *Op. cit.*, p. 362, note 2.
(2) Art. 901 et suiv. C. civ.

rôle ; elle s'est substituée à la cause et possède un certain pouvoir objectif et quantitatif. C'est que la cause n'est, pour ainsi dire, qu'une cause abstraite, n'existant que théoriquement, et qui doit, pour retrouver une action, s'incorporer à la volonté. La cause est ici incluse dans la volonté, à l'inverse de ce qui se passe dans la gestion d'affaires, où la volonté du gérant n'a d'effet sur l'obligation du géré qu'à travers le résultat objectif de la gestion : la volonté est alors incluse dans la cause.

Les traces de cette énergie indirecte de la cause sont, elles-mêmes, de plus en plus impalpables. Elles apparaissent, positivement, dans l'erreur sur le motif de la donation, qui est déjà un vice de la volonté, mais qui est encore un cas où l'inexistence de l'équivalent détruit l'obligation.

Elles n'apparaissent plus que négativement, et à l'extrême limite où elles soient reconnaissables, dans l'affirmation d'une intention libérale qui prétend se suffire. Cette intention libérale, elle est, comme l'a dit M. Bartin « la conscience, chez le donateur, de n'obtenir aucun équivalent à la transmission de propriété qu'il fait ou à l'obligation qu'il assume[1] ». N'est-ce pas encore un équivalent, réduit au minimum, mais cependant reconnaissable, que cette décision de n'en point recevoir ? Ce à quoi, en effet, la cause s'oppose, c'est à l'absence d'équivalence subie, qui seule mérite le nom d'inéquivalence, mais non à l'absence d'équivalence librement et sainement voulue, car elle n'est plus, juridiquement, une inéquivalence.

Et, au total, en quoi consiste cette domination de la cause par la volonté ? Est-ce une diminution de la cause ? C'en est essentiellement au contraire une exaltation.

L'obligation n'est pas inférieure à l'exigence de la cause ; elle lui est supérieure. On ne méconnaît pas l'énergie d'un émolument ; on se passe d'émolument pour reconnaître une énergie. La situation du donateur est inverse de celle de l'individu qui détient

(1) *Théorie des condit...*, p. 362.

un enrichissement indu et qui prétend le conserver. La première situation est légitime car le donateur dépasse la cause, sans la contredire ; la seconde situation est illégitime, car l'enrichi méconnaît la cause et la contredit.

De par les principes créateurs de l'obligation, — cause et volonté — la donation est un type obligatoire correct.

V. — Il ne reste qu'à l'apprécier au regard du principe de validité, selon l'ordre public.

L'ordre public se manifeste sous une double forme. D'abord sous son aspect négatif et supplétif : il est le contrôle de la licéité de l'opération. Comme dans le contrat à titre onéreux, il invalide l'obligation qui méconnaît une certaine honnêteté générale ou qui porte atteinte à la moralité.

Mais, l'ordre public se double d'un pouvoir positif et direct qui dérive d'une nécessité sociale plus définie. Il a rarement ce caractère, puisque celui-ci suppose une répercussion sociale que possède rarement l'obligation entre particuliers. Nous l'avons vu cependant intervenir déjà sous cet aspect dans le contrat d'adhésion ; et nous le retrouvons dans la donation. Normale, au point de vue interne, la donation est, au point de vue social, un organisme presque anormal ; c'est ce qui explique que beaucoup de législations l'aient vue avec défaveur. Elle a, en soi, quelque chose de téméraire, qui vient de ce qu'elle n'est pas directement soumise à la grande loi d'équivalence qui gouverne tout le droit. Elle est un risque pour le donateur et pour ses héritiers ; et il faut une règle de la réserve et de la révocation pour survenance d'enfants, car la cause dégénérée qui la soutient peut n'être qu'un leurre. Elle est à l'inverse, en quelque sorte, un bénéfice illégitime du donataire, à la manière du jeu ou du pari. On ne l'interdira pas, mais on en fera une opération exceptionnelle et entourée de garanties spéciales, telles que l'acceptation authentique du donataire et la transcription [1].

(1) V. art. 931, 939, cf. art. 943 et suiv. C. civ.

Cette importance sociale de l'obligation va se préciser encore dans le type plus accentué qu'est la fondation. Elle est une donation dont les traits sont plus accusés : la combinaison des éléments générateurs y est plus aventureuse, en même temps que la répercussion sociale plus prononcée.

Section 3. — La fondation

Comme nous avons vu l'association achever la gradation des contrats commutatifs par la soumission de l'opération à un but désintéressé, nous voyons la fondation couronner la gradation des contrats à titre gratuit par la réalisation d'une obligation qui s'appuie sur une intention plus profondément libérale. La cause est plus incertaine dans l'association que dans la société ; le vestige de la cause est plus amoindri dans la fondation que dans la donation. Si nous envisageons la fondation à part, ce n'est donc pas qu'on ne puisse la rattacher à un type obligatoire plus général, dont elle ne serait qu'une application : l'engagement par déclaration unilatérale de volonté ou la stipulation pour autrui[1] ; c'est qu'alors même qu'il en serait ainsi, elle est une combinaison nouvelle, une répartition particulière, des deux éléments créateurs du lien obligatoire : la cause et la volonté.

I. — La cause si diminuée dans la donation l'est encore davantage ici. Comme dans la donation, la cause est d'abord radicalement impropre à produire une énergie directe. Le fait, la situation, et ordinairement le simple attrait en quoi elle se résume, a bien encore une influence sur l'obligation, mais ce n'est que par l'intermédiaire de l'esprit du fondateur qui le ressent, puis de la volonté qui le traduit.

S'il y a, en un sens large, enrichissement du fondateur par la pénétration en lui d'une certaine impression active, il n'y a pas appauvrissement de la personne ou du patrimoine qui est le point de départ de cette impression. La cause est dégénérée en motif.

(1) V. Lambert, *La stipulat. p. autrui*, p. 361 et suiv.

II. — Mais ici, il faut aller plus loin encore. La cause a non seulement son énergie propre annihilée, mais sa consistance est de plus en plus réduite. Dans la donation, cette consistance avait perdu son caractère matériel qui seul lui donne un appui et une valeur certaine. Cette même circonstance se trouve renforcée dans la fondation. La contre-partie de l'obligation n'est pas une prestation, ou même un fait, précédemment accompli par le futur créancier; elle est une qualité intellectuelle qui se manifeste en lui et qui rayonne autour de lui : c'est, par exemple, l'organisation d'une œuvre; mais, au fond, c'est plus encore l'idée qui se dégage de cette œuvre dans l'examen porté sur elle par le futur débiteur.

En tant qu'œuvre, du reste, la cause tend à retrouver une certaine consistance matérielle, car, pratiquement, l'œuvre se ramène à des dépenses, par lesquelles on peut dire que la fondation est compensée. Cependant, même alors, nous sommes en présence d'une cause plus apparente que réelle. Les dépenses de l'œuvre, qui sont l'appauvrissement du créancier, ne se transforment pas en un bénéfice du fondateur, qui serait son enrichissement réciproque.

La situation n'est pas comparable à la donation avec charges, dans laquelle la charge peut être normalement considérée comme la contre-prestation qui équilibre la valeur donnée. Ici, la contre-prestation bénéficie non au fondateur, mais à des tiers, à des pauvres par exemple. Il n'y a pas compensation matérielle pour le fondateur, mais simple compensation intellectuelle: la fondation qu'il fait lui semble équilibrée non par un avantage propre, mais par l'avantage provoqué au profit d'un tiers. La volonté domine la cause un peu comme dans la stipulation pour autrui, mais d'une manière plus nette et plus absolue.

Mais, au moins, dans la donation, l'élément-cause avait-il gardé, a défaut de force quantitative, un caractère objectif au moins partiel. C'était une situation individualisée, c'était la qualité de telle personne, qui expliquait la donation. L'obliga-

tion n'était point une récompense à l'affection ou au talent, en général, mais bien à l'affection de tel ami ou au talent de tel artiste. Une affection ou un talent égaux ou supérieurs, existant chez un autre individu, n'eussent pas entraîné, de préférence, la donation à son profit. La compensation de la donation est vraiment encore une réalité objective ; elle possède une valeur sensible ; elle n'est que partiellement une idée.

La fondation a franchi cette dernière étape. Son équivalent n'est à peu près plus une réalité objective, une valeur sensible appréciable du point de vue absolu ; il est presque entièrement une donnée subjective, une idée. La fondation, qu'elle soit charitable, scientifique, artistique, n'est pas contrebalancée par la force qui se dégage d'un fait précis et objectif : la maladie de tel pauvre, le mérite de tel savant, le génie de tel artiste. Elle ne repose même plus sur une opinion subjective délimitée, parce qu'engendrée par un fait objectif individualisé. Elle n'a plus pour appui que la considération abstraite d'une idée générale : la maladie, le mérite, l'art. La valeur absolue de cette idée générale, conçue en dehors de tout cerveau qui la pense et de tout âme qui la ressent, voilà le vestige, à peu près impalpable, de l'action autonome de la cause. Tout se ramène à la pensée, et tout va sortir de la volonté.

Ainsi, la volonté s'est exaltée de soi, rationnellement ; non pas avec le dessein préconçu de réduire la cause pour éviter ses exigences, mais naturellement, en absorbant progressivement cette cause, dont le contenu premier et tout matériel est devenu inconciliable avec les tendances d'une obligation de plus en plus intellectuelle. C'est pourquoi cette volonté accentuée apparaît cependant normale. *Est pro ratione voluntas*[1].

III. — Mais, engagée sur cette voie, la volonté prend conscience de sa puissance et ne voit plus les limites de sa légimité. Elle a exalté sa portée qualitative, parce que l'obligation est

(1) D'Aguesseau, *Comm. des actions*, t. XIII, p. 516.

devenue principalement qualitative ; mais, elle prétend, de plus, gouverner la partie de l'obligation qui est demeurée quantitative. La fondation est, d'abord, une donation *sub modo,* où, à côté d'une volonté cantonnée dans son domaine normal, apparaît nettement un principe indépendant d'équilibre. Puis, elle est une libéralité attribuée à une œuvre préexistante : la volonté a conquis l'indépendance qu'elle possède dans la donation ordinaire. Enfin, elle est, à la fois, la création d'un organisme et la gratification faite à cet organisme, après qu'il est créé : la volonté est devenue toute puissante. C'est elle qui suscite le futur créancier, et lui attribue la qualité, qui, après cela, appellera la donation proprement dite. Comme l'écrit M. Saleilles « ... le fondateur, en manifestant sa volonté et en s'engageant à doter la fondation, fait deux choses : il donne naissance à l'être juridique qui sera la fondation et il s'engage envers cet être juridique à lui verser un capital[1] ». La mesure quantitative de l'opération se perd totalement dans son intérêt qualitatif. L'élément objectif n'est rien que ce que le fait l'élément subjectif.

IV. — Cependant, la fondation elle-même est légitime, car elle réalise encore la cohérence interne de l'obligation. La valeur qui doit se dégager du créancier pour faire contrepoids à l'obligation du débiteur n'a plus de force autonome ; elle n'a même plus d'existence indépendante. Pourtant, après qu'elle est provoquée par cette volonté du débiteur, il émane incontestablement d'elle une certaine énergie : c'est l'attrait que provoque chez le fondateur l'œuvre envisagée ou imaginée. Et c'est, dans ce dernier cas, en apparence le plus aventureux, où la volonté crée le bénéficiaire avant de lui conférer le bienfait, que l'équilibre est le mieux maintenu entre ce que le débiteur donne et ce qu'il reçoit, car la satisfaction retirée d'une œuvre qu'on a constituée est plus absolue que la satisfaction qu'on retire d'un apport fourni à une œuvre préconstituée. Les principes générateurs de

(1) *Théor. génér. de l'obligat..,* p. 153, fin de la note 1 de la p. 152.

l'obligation ont su s'assouplir jusqu'à permettre cette combinaison extrême, mais rationnelle, d'une cause réduite au maximum avec une volonté accrue au maximum.

V. — Et ce qui seul demeure vraiment aventureux dans la fondation, c'est sa participation à l'organisation sociale. L'activité privée est ouvertement au service d'un intérêt général ou, au moins, collectif. C'est là, en quelque manière, une antinomie. Dans quelle mesure est-il acceptable qu'une institution sociale résulte d'une pure conception individuelle ; qu'une personne morale vienne à la vie, engendrée par l'unique puissance d'une volonté privée ? C'est à quoi va répondre le principe d'ordre public. Comme on le sent, dès l'abord, il est plus directement mis en œuvre qu'en tout autre obligation. Dans le contrat d'adhésion, nous avons vu l'intérêt collectif exister à côté de l'intérêt particulier ; mais ici, l'intérêt particulier est radicalement absorbé par l'intérêt collectif : la fondation est plus une réglementation, c'est à dire une obligation légale, qu'un transport de valeur entre patrimoines privés, c'est à dire une obligation conventionnelle.

L'ordre public n'offre rien de particulier dans son rôle ordinaire et négatif. Celui-ci est seulement très assuré, car il a un large contrôle à exercer sur une volonté dont la prétention est considérable. C'est ainsi qu'il pourra interdire, par exemple, la perpétuité de la fondation qui, par les risques qu'elle entraîne, peut, à bon droit, être considérée comme une prétention illicite.

Mais l'ordre public est plus digne d'attention dans le rôle exceptionnel et positif qu'il acquiert, et par lequel il est le garant, non plus de la licéité, mais de l'ordre social proprement dit. Comme nous l'avons vu en étudiant le contenu de l'ordre public, il a cette mission lorsque l'intérêt de la nation ou l'intérêt de la collectivité est en jeu. C'est ainsi que la fondation religieuse doit être libre, pour autant qu'elle ne compromet pas l'organisation politique ou l'ordre social. Et il en faut dire autant de toute fon-

dation, quelle qu'elle soit. C'est qu'en effet, elle demeure privée dans son origine, et une combinaison individuelle rationnelle doit suffire à la soutenir. C'est seulement dans son résultat qu'elle est sociale, à la différence de la loi qui est également sociale dans son origine ; et c'est sa seule répercussion qui doit être vérifiée. L'ordre public n'a pas à définir la fondation, mais seulement à s'assurer qu'elle est socialement viable [1]. La constitution de la personne morale est due à une collaboration spéciale de l'autorité publique et de la volonté privée, qui dépasse l'obligation. Mais dans l'obligation proprement dite, l'ordre public n'est qu'un contrôle plus détaillé de la volonté individuelle.

VI. — Il faut constater, en effet, que l'action de l'ordre public s'accroît progressivement à mesure que la volonté devenant plus prépondérante, l'obligation qu'elle crée avec plus d'indépendance devient un risque social probable ; et l'on pourrait trouver là un criterium de l'intensité de l'ordre public. Lorsque la cause est seule, comme dans le quasi-contrat, toute la justice se ramène à un équilibre entre deux patrimoines privés ; il n'y a pas place pour une appréciation sociale, et donc pour l'ordre public.

Lorsque la volonté se mélange à la cause, comme dans le contrat commutatif, il n'y a guère que l'honnêteté générale qui échappe au jeu des éléments générateurs ; elle détermine l'habituelle intervention de l'ordre public.

Lorsque la volonté est dominante, comme dans le contrat d'adhésion, dans le contrat aléatoire, puis dans la donation, l'ordre public se précise, parce que se sont accrus les risques d'atteinte à la licéité, puis ceux d'immoralité.

Lorsqu'enfin la volonté est toute puissante, comme dans la fondation, elle est vraiment un danger social, et la nécessité est plus accusée encore d'un assentiment de l'ordre public qui la ratifie.

(1) Art. 80 à 88 C. civ. all. — 80 à 89 C. civ. suisse.

CONCLUSION

Essai d'une classification générale des obligations, reposant sur la combinaison des éléments générateurs du lien obligatoire.

Nous venons de voir, avec la fondation, la volonté la plus accentuée, à côté de la cause la plus restreinte. Cependant même cette combinaison ne peut pas être appelée une rupture d'équilibre. La cause garde ce rôle ultime et tout négatif d'être une vérité virtuelle ; si elle existait en réalité, l'obligation du fondateur serait renforcée et non contredite par elle ; tout ainsi que dans l'enrichissement indu, — cet extrême obligatoire opposé, — la volonté est une vérité virtuelle, en ce même sens que si elle existait en réalité, l'obligation de l'enrichi ne pourrait être encore que renforcée et non contredite par elle.

I. — Faut-il donc estimer incomplète l'échelle des obligations nées d'un fait licite ? Et la théorie, plus audacieuse que la pratique, peut elle imaginer au-dessus du dernier type, un type purement volontaire, dans lequel la cause serait un pur néant, comme au-dessous du premier type, un type purement causal, dans lequel la volonté serait un pur néant ? L'exaltation extrême de la volonté qui n'a pu être réalisée par la volonté débitrice, devrait l'être alors par la volonté créancière, qui est totalement indépendante de la cause ; celle-ci n'est pas pour elle un motif :

ce serait la promesse pour autrui. Une obligation naîtrait vraiment à la charge d'une partie, du fait d'une volonté exclusive et totalement pure, car cette volonté émanant du créancier ne saurait être influencée en rien par l'inexistence d'une contre-prestation compensatoire de l'obligation du débiteur. Mais, par là, nous sommes en présence d'une obligation illégitime, car pour la première fois, il n'y a pas chez le débiteur l'un, au moins, des éléments générateurs du lien obligatoire : la réception d'une cause ou l'émission d'un engagement.

Ce qui constitue l'obligation, c'est, normalement, la réunion chez le débiteur de deux principes : l'acquisition d'un enrichissement et la déclaration de se reconnaître obligé. L'un de ces principes venant à décroître ou à disparaître, comme la volonté dans l'enrichissement indu, ou comme la cause dans la fondation, l'autre principe doit subsister, renforcé chez le débiteur, afin de soutenir, à lui seul, l'obligation tout entière. Mais c'est bien le terme extrême, au-delà duquel un lien d'obligation n'est plus concevable. Il ne saurait y avoir au-dessous du quasi-contrat, qui est comme un sous contrat causal, une obligation dans laquelle la cause elle-même fut un néant; non plus qu'au-dessus du contrat à titre gratuit, qui est comme un sur-contrat volontaire, une obligation dans laquelle la volonté elle-même fut un néant.

L'ensemble des obligations nées d'un fait licite apparaît bien comme formant une vaste gradation, dont le type moyen résulte, à la fois, d'une adéquation suffisante entre des valeurs ou des services, et d'une volonté saine de s'engager; dont le type inférieur résulte d'une simple adéquation entre des valeurs ou des services; dont le type supérieur résulte d'une pure volonté saine de s'engager.

Ces trois combinaisons appliquent avec une infinie souplesse le principe et la mesure des deux forces qui peuvent engendrer l'obligation : la cause et la volonté. Elles réalisent l'obligation rationnellement construite.

Mais, cette construction rationnelle est destinée à devenir un organisme du droit positif. C'est pourquoi aux conditions absolues requises pour que l'obligation soit, s'ajoute une condition plus relative, mais qui lui est nécessaire, pour qu'elle existe avec efficacité pratique : c'est l'ordre public.

La force supplémentaire et secondaire, qu'il donne à l'obligation, est double. Il est fait de deux énergies : la première, qui est encore d'ordre privé, est très discrète ; la seconde, qui est directement publique, est beaucoup plus assurée. Il est d'abord un contrôle de licéïté portant sur les deux forces, quantitative et qualitative, que les parties ont mises en œuvre. Il vérifie l'équilibre matériel, posé par la cause, et il arrive à le modifier en introduisant dans l'opération une donnée qui est étrangère aux valeurs compensées : c'est la nécessité morale en tant qu'elle est quantitative. Il décidera, par exemple, que le salaire promis à l'ouvrier compense bien le travail fourni par lui, mais qu'il est insuffisant parce qu'il n'assure pas sa vie.

Il vérifie de même l'assertion psychologique exprimée par la volonté, et il arrive à la discuter, en introduisant dans l'opération une donnée qui est étrangère à la perfection de l'engagement : c'est la nécessité morale en tant qu'elle est qualitative. Il décidera, par exemple, que la volonté de payer un certain prix l'acquisition d'une maison de jeu est saine, mais qu'elle ne peut être effectivement validée.

L'ordre public ajoute à ce double achèvement de l'opération une investiture qui en fait un acte juridique. Il soumet l'obligation à une conformité minima à l'ordre général existant : c'est la nécessité sociale. Il décidera, par exemple, que l'obligation est correcte, parce que reposant sur une cause suffisante et sur une volonté saine, mais qu'elle n'est pas viable, parce qu'elle est une entreprise contre la sûreté de l'État.

II. — C'est de ces trois éléments : cause, volonté, ordre public, que sort l'obligation ; les deux premiers lui donnant l'être ;

le troisième lui garantissant la durée. Elle est un organisme profondément solide, puisqu'elle s'appuie sur cette triple base; elle est aussi un organisme infiniment souple, puisqu'elle modifie sans cesse la proportion interne de son triple soutien. Elle combine harmonieusement dans son domaine la double nécessité, en apparence antinomique, du droit : le besoin de fixité et le besoin de mobilité.

Chacune des trois forces obligatoires possède une autonomie foncière. Elles sont irréductibles l'une à l'autre, car chacune correspond à l'un des trois intérêts concevables : la volonté, à l'intérêt de celui qui contracte l'obligation; la cause, à l'intérêt de celui envers qui elle est contractée; l'ordre public, à l'intérêt de ceux, en dehors desquels elle est contractée.

Et en même temps, ces trois forces combinent en un tout les trois vertus que peut prétendre posséder une activité privée : la valeur intellectuelle, la valeur matérielle, la valeur sociale.

En sorte que la perfection de l'obligation paraît ne pas devoir être cherchée dans la suprématie artificiellement accordée à l'un de ces trois intérêts ou à l'une de ces trois valeurs, mais bien dans leur parallèle et progressif développement. La justice n'est pas, tour à tour, subjective, comme le voudrait l'individualisme; objective, comme le voudrait le positivisme; sociale, comme le voudrait le socialisme; et la vérité de l'obligation n'est pas successivement incluse dans la tendance qu'exprime la volonté, qui, à elle seule, conduit à un spiritualisme excessif; ou dans celle qu'exprime la cause, qui, à elle seule, conduit à un matérialisme exagéré; ou dans celle, enfin, qu'exprime l'ordre public, qui, à elle seule, conduit à un abus dangereux de l'élément réglementaire [1]. La vérité est l'harmonieux accord de ces trois nécessités, se conditionnant l'une l'autre.

La cause contrôle le consentement. Elle empêche qu'un accord

(1) V. pour un tout autre domaine, celui des rapports pécuniaires entre époux, une analyse tout à fait analogue, présentée par M. Gény, *Science et Techniq.*, 1re partie, p. 195 et suiv., spéc. p. 198.

de volontés puisse couvrir une inéquivalence flagrante entre les prestations, comme dans le cas où l'acheteur d'un objet de première nécessité accepte le prix exorbitant exigé par le vendeur. La cause est la limite imposée aux excès de la libre concurrence.

Réciproquement, la volonté contrôle la cause. Elle assouplit sa rigidité naturelle et permet que le prix des choses ne corresponde pas seulement à leur valeur intrinsèque, mais encore à toutes les circonstances dans lesquelles s'effectue leur acquisition : rareté, convenance, mode, etc... La volonté est la limite imposée aux tentatives d'une tarification uniforme et fausse des prix.

Enfin, l'ordre public contrôle et la cause et la volonté. Il interdit qu'en dépit d'une adéquation suffisante des prestations et de volontés saines d'être obligé, l'obligation puisse être pratiquement une atteinte portée à l'ordre social, une activité illicite ou immorale. L'ordre public est la limite, au delà de laquelle commence l'inopportunité.

III. — Mais ces trois nécessités, conciliées dans l'obligation née d'un fait licite, résument les trois seuls problèmes qui puissent apparaître à la base d'une obligation quelle qu'elle soit. Une opération juridique ne peut être suscitée que par un certain déplacement de valeur, par une certaine volonté privée ou par une certaine nécessité collective. La cause, la volonté, l'ordre public que nous avons vus, dans l'obligation née d'un fait licite, trouver toujours assez d'ampleur pour englober toutes les questions, et assez de précision pour indiquer toutes les réponses, ne peuvent-ils subir un nouvel assouplissement qui leur permette d'être les éléments constitutifs de toute obligation ? Comment concevoir qu'au sein de ces nouveaux liens obligatoires, qui ne sont que des combinaisons nouvelles des mêmes intérêts et des mêmes nécessités, nous trouvions autre chose que des combinaisons nouvelles des mêmes principes obligatoires ?

Toute obligation groupe nécessairement à sa base une donnée

économique, qui est la cause ; une donnée psychologique, qui est la volonté ; une donnée sociologique, qui est l'ordre public. Il est toujours possible de partir d'une certaine activité volontaire qui caractérise, à première vue, l'opération — c'est la source de l'obligation — : volonté individuelle licite, volonté individuelle illicite, volonté collective, pour analyser le contenu de cette opération, c'est à dire déterminer la répartition, en elle, des trois éléments constitutifs — fondement de l'obligation — : quasi-contrat et contrat ; quasi-délit et délit ; loi. Afin de tenter une classification rationnelle des obligations, c'est à dire qui soit basée sur leur fondement plus encore que sur leur source, il faut donc partir de la source, qui est le fait connu, pour déterminer le fondement, qui est le fait inconnu. Partons donc de la volonté qui est le fait apparent, celui dont la mobilité est la plus complète et la variation la plus large ; celui, par conséquent qui, dès l'abord, révèle le mieux l'individualité extérieure des obligations. Au-dessous et au-dessus d'une activité volontaire, il n'y a pas encore, ou il n'y a plus obligation ; et, en partant de la volonté, nous embrassons bien toutes les obligations.

IV. — La manifestation volontaire exprime soit un vouloir individuel, et c'est une volonté privée ; soit un vouloir collectif, et c'est une volonté légale. L'obligation d'ordre privé et l'obligation légale apparaissent donc sur le pied d'égalité ; chacune est entièrement autonome. L'une ne tient pas sa puissance d'une délégation de force, faite à son profir par l'autre. En droit positif, on peut bien dire avec Pothier : « C'est la loi seule ou l'équité naturelle qui produit l'obligation, en rendant obligatoire le fait d'où elle résulte[1]. » Mais, en logique juridique, il faut estimer, avec M. Saleilles, que tout n'est pas légalité dans l'individu, ni « constitutionnalité » dans la société[2]. Il y a deux puissances distinctes, parce qu'il y a deux sources d'énergie indépen-

(1) POTHIER, *Obligat.*, n° 114.
(2) *L'orig. du droit et du devoir. Rev. de philo.*, 1909, p. 148.

dantes : la volonté de l'individu et la volonté du groupement social dont il fait nécessairement partie [1].

Il convient donc de distinguer, tout d'abord, deux obligations : l'obligation légale et l'obligation d'ordre privé.

L'obligation légale enveloppe l'activité volontaire collective, exprimée par le représentant légitime de la collectivité : l'obligation dérive de la volonté de la loi.

Comment se groupent en elle les trois éléments constitutifs de l'obligation ?

La volonté est toujours la déclaration libre d'un engagement sain. Mais, les garanties qui entourent l'appareil législatif forment une présomption de liberté et de correction ; et pratiquement, la volonté législative est toujours une volonté juridique efficace. Cependant, il ne faut pas attribuer à sa toute puissance la raison de son efficacité ; nous savons que plus l'obligation est définie par la volonté créancière, plus elle doit trouver un soutien objectif qui échappe à la volonté. Cette nécessité s'impose à la volonté législative qui, beaucoup plus souvent qu'elle n'assume une obligation à sa charge, en pose une à la charge d'autrui. Il faut rechercher à ses côtés, tout d'abord, la cause.

Que peut être la cause dans l'obligation légale ? Pour répondre à sa définition, la cause doit toujours être l'énergie d'un élément qui émane d'autrui et l'appauvrit, et pénètre chez le débiteur, en l'obligeant. Or, le patrimoine social, ou mieux, car ce mot devient trop étroit, l'entité sociale, prend conscience de cette loi de deux manières. Elle ressent, à deux degrés, le poids de la valeur objective et quantitative des choses.

Il peut s'agir encore de rapports entre des patrimoines privés. La cause n'étant plus un déplacement de valeur appelant directement une compensation, n'est pas assez forte pour engendrer une obligation d'ordre privé, un quasi-contrat. Mais il y a cependant un certain rapport matériel qui s'établit entre ces patrimoines

(1) Cf. *Classificat. du Code japonais.* — V. Vizioz, *La notion du quasi-contrat.*

privés et qui veut être réglé par un équilibre. Les valeurs mises en balance sont trop inconsistantes pour établir d'elles-mêmes cette répartition nécessaire entre elles. Il faut que celle-ci soit guidée et précisée par une volonté ; et, en l'absence de toute volonté individuelle, c'est la volonté légale qui prend cette mission à sa charge. C'est de cette obligation qu'il faut dire avec Treilhard : « La loi doit donc vouloir pour nous ce que nous voudrions nous-mêmes, si nous étione justes [1]. » La loi crée alors cette obligation supplétive, qui n'est que la généralisation de l'ordre public supplétif d'une volonté privée imparfaite. C'est l'obligation alimentaire, l'obligation de voisinage, la tutelle. L'obligation qui incombe à l'enfant, au voisin, au tuteur, ne résulte pas d'une cause bien affirmée, contenue dans un transport de valeur qui aurait été effectué à leur profit. Cependant, il y a comme une énergie inférieure, mais certaine, incluse dans ces situations de la parenté, du voisinage, de la tutelle. La cause s'est encore éloignée de sa valeur matérielle originaire ; elle est moins un rapport entre les patrimoines de deux personnes qu'entre les situations générales réciproques de ces deux personnes. Mais elle est encore reconnaissable, et si elle ne réclame pas une *compensation de valeurs*, elle réclame une *répartition de charges* entre l'ascendant et le descendant, entre les voisins, entre le tuteur et le mineur.

La cause est trop vague pour engendrer directement un quasi-contrat [2] ; elle est trop imprécise pour stimuler une volonté privée et provoquer un contrat ; elle ne peut plus qu'influencer la volonté légale qui domine l'ensemble des situations privées et qui veut compléter l'absence de toute injustice par la réalisation de la plus grande justice. C'est de ce premier type d'obligation légale, qui est comme le perfectionnement moral de l'obligation d'ordre privé, qu'il faut dire ce que M. Planiol dit de toute obli-

(1) *Présentat. au Corps législat. du titre des engagements qui se forment sans convent.* FENET, t. XIII, p. 464.

(2) V. la distinction du quasi-cont. et de l'oblig. lég., FENET, t. XIII, p. 450 et suiv.

gation légale : si on la supprime, immédiatement on voit naître pour autrui un danger[1].

Sous sa seconde forme, la cause est créatrice de l'obligation légale proprement dite. Elle n'entre plus en concours avec une volonté qui exprime l'intérêt d'un ensemble d'individus, mais avec une volonté qui exprime l'intérêt de la généralité des individus. Il n'y a plus une obligation légale supplétive, visant encore à un équilibre entre des patrimoines privés, mais une obligation légale immédiate, visant à cet équilibre supérieur qui doit exister entre l'ensemble des entités privées et l'entité sociale. L'impôt en est le type. La cause a retrouvé son rôle normal : elle est un principe d'équivalence objective et quantitative. Sa mission est d'autant plus indispensable que la volonté du législateur est ici directement une volonté créancière : elle poursuit un bénéfice en sa propre faveur et elle ne peut, à elle seule, créer l'obligation qui le lui procurera. Il faut qu'une donnée objective postule cette obligation ; il faut qu'existe une prestation ou un fait réciproque, comme le sont les avantages procurés aux contribuables par l'organisation des services publics. Et dans toute obligation légale doit se retrouver cette base matérielle indispensable.

Quant au troisième élément de l'obligation — l'ordre public, — il s'évanouit, puisque, de toute évidence, il se confond avec la volonté légale dont il n'est qu'un fragment. L'intérêt subjectif du législateur et l'intérêt social se superposent adéquatement.

Mais, est-ce à dire que cette notion doive être totalement bannie ? Non pas ; il faut seulement en renverser le sens et parler, si l'on peut dire, d'un « ordre privé ». De même que l'activité obligatoire privée a un rejaillissement sur l'ordre social et que celui-ci a besoin d'être représenté dans l'obligation d'ordre privé, afin que soient protégés les plus certains de ses droits ; de même, l'activité obligatoire publique a un rejaillissement sur les situations individuelles ; celles-ci ont besoin d'être représentées dans

(1) *Rev. critiq.*, 1904, p. 230.

l'obligation légale, afin que soient protégés les plus certains de leurs droits. Sans doute « l'incorrection législative » à l'égard des intérêts privés, est-elle moins à redouter que « l'incorrection privée » à l'égard des intérêts sociaux, mais la possibilité de son existence exige un organe protecteur. Le recours pour excès de pouvoir contre les actes administratifs devrait être complété par un recours pour excès de pouvoir contre les lois, analogue à celui qui peut être porté devant la Haute-Cour fédérale des États-Unis.

Dans son ensemble, l'obligation légale nous apparaît donc comme tout à fait parallèle de l'obligation d'ordre privé. Elle doit normalement reposer sur deux principes créateurs et n'être pas contredite par un certain principe de validité. Tous trois sont nécessairement, dans leur essence et dans leur jeu, identiques aux principes constitutifs de l'obligation née d'un fait licite. Il ne faut point voir dans l'obligation légale une obligation particulière et simplifiée que seule l'idée de puissance publique explique ; elle n'est point un domaine réservé où arbitrairement la force engendre le droit. Elle est soumise aux forces qui, seules, contiennent en elles le germe du lien d'obligation. C'est pourquoi le parallélisme est si frappant entre les deux sources premières d'obligations : la loi et l'individu.

V. — Mais au lieu que les manifestations légales sont sensiblement identiques à elles-mêmes, les manifestations individuelles sont multiples et différenciées ; et tandis que l'obligation légale est un tout unifié, l'obligation entre particuliers se subdivise. C'est que dans cette volonté individuelle, un caractère apparent surgit immédiatement qui oppose deux catégories d'activités : l'activité licite et l'activité illicite.

L'obligation née d'un fait licite a fait l'objet de cette étude. Et il nous suffit de rappeler, au-dessous du principe de validité de l'ordre public, le jeu parallèle et inverse de la cause et de la volonté. Une série de situations obligatoires se succèdent, dans

lesquelles la combinaison de la cause et de la volonté est sans cesse différente. Il est possible cependant de la cristalliser en deux états principaux : le quasi-contrat où la cause est prédominante et qui englobe toute activité privée licite, simplement volontaire ; le contrat, où la volonté est prédominante et qui englobe toute activité privée licite, directement conventionnelle. La progression va d'une cause qui n'a, à côté d'elle, que la volonté d'un fait chez le débiteur, — c'est l'enrichissement indu — à la volonté d'une obligation qui n'a, à côté d'elle, que l'appui matériel de la situation du créancier, — c'est la donation.

L'obligation née d'un fait illicite peut être calquée minutieusement sur cet échelonnement [1].

Ici aussi, l'ordre public est extérieur à la création de l'obligation. Il ne fait que s'y surajouter, dans la mesure de la répercussion sociale. Il convient seulement de remarquer que cette répercussion est beaucoup plus directe et accusée. L'activité délictuelle d'un individu est nécessairement un mal social, au lieu que son activité licite n'est qu'exceptionnellement un risque social. C'est pourquoi se greffe ici et s'ouvre la large voie de la peine et de l'action publique.

Mais, nous sentons plus nettement encore comment ce résultat est surajouté ; le fondement de l'obligation délictuelle ne peut avoir que le double appui qu'est la matérialité d'un fait accompli : c'est la cause ; et qu'est l'intention qui a présidé à ce fait : c'est la volonté.

Et, comme pour les obligations nées d'un fait licite, il existe une série de combinaisons de ces deux forces, dans laquelle leur apport est inversement proportionnel. Tandis que la volonté illicite s'affermit, l'importance du fait accompli perd de son énergie. Et ici aussi, il est possible de cristalliser cette progression ininterrompue autour de deux états principaux : Le quasi-délit, où le

(1) V. Aillet, *La responsabil. objective. Rev. de métaph. et de morale*, 1906, p. 826-844, 1907, p. 40-65.

fait dommageable, c'est à dire la cause, est prédominant; il n'y a que la volonté d'une action. Le délit, où le fait dommageable disparaît derrière la valeur de la volonté ; c'est elle qui est prédominante ; il y a l'intention d'une action mauvaise.

Au total, et dans des proportions sans cesse différenciées, l'obligation délictuelle repose à la fois, subjectivement et qualitativement, sur l'intention psychologique ; et, objectivement et quantitativement, sur l'activité matérielle. L'obligation est la résultante nécessaire de la conjonction de ces deux forces en un équilibre dont nous avons apprécié l'exactitude. L'ironique affirmation d'Anatole France que le coupable a droit à la peine et que c'est le frustrer que de ne pas la lui appliquer, n'est que le sentiment, autrement exprimé, de cette même nécessité.

Dans ces deux domaines de l'activité privée génératrice d'obligation — activité licite et activité illicite — il y a donc essentiellement une combinaison, qui va sans cesse s'affinant, de l'élément-fait et de l'élément-vouloir.

VI. — Mais pour le délit, comme pour le contrat, il faut bien comprendre que le perfectionnement de l'obligation ne résulte pas d'une prédominance exclusive d'un de ses éléments constitutifs. La responsabilité ne doit pas être dite subjective, objective ou sociale. Elle doit synthétiser ces trois fragments d'une nécessité complexe.

Cependant, il faut reconnaître aussi que l'un des trois principes domine nécessairement les deux autres, parce qu'à lui seul il résume mieux le perfectionnement que recherche l'obligation.

Dans l'obligation née d'un fait licite, c'est l'idée qui est le principe directeur ; il faut ramener le quasi-contrat au contrat ; c'est la volonté qui est la donnée primordiale.

Dans l'obligation délictuelle, c'est le fait qui est le principe directeur ; la faute doit disparaître devant l'acte ; il faut ramener le délit au quasi-délit ; c'est la cause qui est la donnée primordiale.

Dans l'obligation légale enfin, c'est la nécessité sociale qui est

le principe directeur ; le vouloir et le fait doivent lui être soumis ; c'est l'ordre public qui est la donnée primordiale.

Chaque obligation, dans son sein, et chaque catégorie d'obligations, dans son domaine, n'est qu'une adaptation mobile et ingénieuse de nécessités immuables et perpétuelles. « Ce qui est éternel, ce n'est donc pas le droit lui-même..., c'est la logique qui fait la base de l'esprit humain [1] ». Mais il est malaisé d'atteindre à cet absolu qu'enveloppent les contingences, et téméraire, sans doute, de prétendre établir des concordances trop précises entre chacune des réalités apparentes et chacun des principes qui les soutiennent. Nous n'avons pas essayé une explication définitive d'une institution sans cesse changeante ; nous avons seulement proposé une croyance en quelque chose de définitif, en dépit des incessants changements. Le courant le plus ondoyant ne change pas l'âme du fleuve, et les éléments qui le composent demeurent, tandis que seule varie la combinaison qui les groupe.

(1) Revillout, *Les obligat. en droit égyptien*, p. 13.

Vu :
Le Doyen de la Faculté de Droit,
P. Louis-Lucas.

Vu :
Le Président de la thèse,
E. Gaudemet.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie,
H. Padé.

BIBLIOGRAPHIE[1]

ACCARIAS. *Théorie des contrats innomés.* Paris, Cotillon, 1873.

AGUESSEAU (d'). *Œuvres complètes*, t. XIII. *Mémoire sur le commerce des actions de la C^ie des Indes.* Paris, Fantin-Nicolle, de Pelafol, MDCCCXIX.

AHRENS. *Cours de droit naturel ou de philosophie du droit.* 5^e édit., 1860. Bruxelles, Bruylant, Christophe et C^ie. Paris, A. Durand.

ALEXANDRESCO. *Du billet non causé.* Th. Paris, 1912. Giard et Brière.

APPERT. *Distinction entre la cause et les motifs.* Note sous arrêt, S. 1896. I. 289.

ARBUS. *De la cause illicite.* Th. Montpellier, 1903. Serre et Roumégous.

ARTUR. *De la cause en droit romain et en droit français.* Th. Paris, 1878, F. Pichon.

AZÉMAR. *Du contrat synallagmatique.* Th. Montpellier, 1900. Hamelin, frères.

BARRAULT. *Essai sur le rôle du silence créateur d'obligations.* Th. Dijon, 1912. Darantiere.

BARTIN. *Théorie des conditions impossibles, illicites ou contraires aux mœurs.* Paris, 1887. A. Rousseau.

BEAUNE. *Les contrats.* Paris, Delhomme et Briguet. Larose et Forcel, 1889.

BENTHAM. *Défense de l'usure.* Princip. économ. anciens, t. XV. *Mélanges d'Écon. polit.*, II, de Molinari. Paris, Guillaumin, 1848.

BERGIS. *Notion et rôle de la cause dans le transfert conventionnel de la propriété.* Th. Toulouse, Marquès, 1886.

BEUDANT. *Le droit individuel et l'État.* Paris, A. Rousseau, 1891.

BODIN. *Plan du cours de droit romain professé à la faculté de droit de Rennes.* 2 vol., Paris, Rousseau. Rennes, Plihon et Hervé, 1885.

(1) Les Traités et les Manuels généraux ne sont pas indiqués dans cette bibliographie.

Boistel. *Cours de philosophie du droit.* 2 vol., Paris, A. Fontemoing, 1899.

— *Le code civ. et la philo. du droit.* Le code civ. Livre du centenaire, t. I, p. 47. Paris, Rousseau, 1904.

Bonnecase. *La « notion de droit » en France au XIX^e siècle.* Rev. génér. du droit, législat. et jurispr., 1915, p. 327-344, 392-405, 496-506 ; 1916, p. 82-90, 172-179, 221-229, 351-359 ; 1917, p. 69-76, 151-159, 294-299 *(en cours de publication).*

Bouglé. *Notes sur les origines chrétiennes du solidarisme.* Rev. de métaphys. et de morale. 1906, p. 251-264.

Bourgeois. *Essai d'une philosophie de la solidarité.* Confér. et discussions. Paris, Félix Alcan, 1902.

Bourgeon. *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques en droit romain et en droit français.* Th. Dijon, R. Aubry, 1885.

Bouvet. *De la cause.* Th. Paris, A. Pedone, 1897.

Brissaud (J.-B.). *De la notion de cause dans les obligat. conventionn. en droit romain et en droit français.* Th. Bordeaux, J. Pechade, 1879.

Brocher. *La genèse du contrat.* Rev. génér. du droit, 1897, p. 517-538.

— *Le contrat formel.* Rev. génér. du droit, 1901, p. 27.

Brugeilles. *Le droit et l'obligation ou le rapport juridique.* Rev. trim. droit civ., 1909, p. 293-325.

— *Recherche d'une base scientifique pour la classificat. des droits et des obligat.* Rev. trim. droit civ., 1910, p. 361-386.

Bufnoir. *Propriété et contrat.* Paris, A. Rousseau, 1900.

Capitant. *Introduction à l'étude du droit civ.* Paris, A. Pedone, 1897.

Carrez. *La gestion d'affaires en droit civ. français.* Th. Lille, 1911. Lille, Le Bigot.

Chaine. *L'enrichissement sans cause dans le droit civ. français.* Th. Lyon, 1909. Imprimerie Waltener et C^ie.

Champeaux. *Le principe de simplicité des anc. actes juridiq. romains et le gage.* Mélanges, P.-F. Girard, t. I, p. 155. Paris, A. Rousseau, 1912.

Charmont. *Sources du droit positif à l'époque actuelle.* Rev. de métaphys. et de morale, 1906, p. 117-133.

— *La renaissance du droit naturel.* Montpellier, Coulet et fils, 1910.

Colin (P.). *Théorie de la cause des obligat. conventionn.* Th. Paris, L. Larose, 1896.

Cornil. *Debitum et obligatio. Recherches sur la formation de la notion de l'obligation romaine.* Mélanges, P.-F. Girard, t. I, p. 199. Paris, A. Rousseau, 1912.

Cuq. *Les institutions juridiques des Romains.* 2 vol., Plon et Maresq, 1891.

— *Manuel des institutions juridiques des Romains.* Plon-Pichon, 1917.

Dareste. *La science du droit en Grèce.* Paris, Larose et Forcel, 1893.

Daufresne. *De la cause.* Th. Paris, Vinchon, 1854.

Demogue. *Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance.* Rev. trim. droit civ., 1905, p. 723-791.

— *Des modifications aux contrats par volonté unilatér.* Rev. trim. droit civ., 1907, p. 245-310.

— *Les notions fondamentales du droit privé.* Paris, A. Rousseau, 1911.

— *Jurisprud. franç. Conditions et effets de l'enrichissement indu.* Rev. trim. droit civ. 1911, p. 434-436.

— *De la violence comme vice du consentement.* Rev. trim. droit civ., 1914, p. 435-480.

Dereux. *Étude des diverses conceptions actuelles du contrat.* Rev. critiq., 1901, p. 513-535 ; 1902, p. 105-124.

— *De l'interprétation des actes juridiq. privés.* Th. Paris, 1905. A. Rousseau.

— *De la nature juridiq. des contrats d'adhésion.* Rev. trim. droit civ., 1910, p. 503-541.

Dicey. *Leçons sur les rapports entre le droit et l'opinion publique en Angleterre au cours du XIX^e^ siècle.* Traduct. A. et G. Gèze. Paris, Giard et Brière, 1906.

Dictionnaire des antiquités grecques et romaines. Daremberg-Saglio, V° : obligatio, t. IV, p. 133.

Domat. *Les lois civiles dans leur ordre naturel.* Œuvres complètes. Paris, édit. Alex. Gobelet, 1835, t. I et II.

Dubreuil. *Des mobiles dans les contrats.* Th. Lyon. Paris, A. Rousseau, 1909.

Duguit. *L'État, le droit objectif et la loi positive.* Paris, A. Fontemoing, t. I, 1901.

— *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État.* Paris, F. Alcan, 1908.

— *Les transformations générales du droit privé depuis le code Napoléon.* Paris, F. Alcan, 1912.

Elias. *Théorie de la force obligatoire de la volonté unilatérale.* Th. Paris, 1909. Larose et Tenin.

Ernst. *La cause est-elle une condition essentielle pour la validité des conventions ?* En appendice à la thèse de M. Timbal.

ESMEIN. *Études sur les contrats dans le très ancien droit français.* Nouv. Rev. historiq., 1880, 1881, 1882, 1883.

— *Un chapitre de l'histoire des contrats en droit anglais.* A propos du livre de M. Jenks. Nouv. Rev. historiq., 1893, p. 555-566.

FENET. *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil.* Paris, Videcoq, 1836, t. XIII.

FORTIER. *Des pouvoirs du juge en matière de contrats d'adhésion.* Th. Dijon, 1909. Darantiere.

FOUILLÉE. *L'idée moderne du droit en Allemagne, en Angleterre et en France.* 5e édit., Paris, Hachette, 1904.

FROUIN. *La notion juridique de gestion d'affaires.* Th. Bordeaux, 1909. Imprimerie coopérative.

GALLIOT. *La déclaration de volonté dans les contrats.* Th. Caen, 1903. Ch. Valin.

GAUDEMET. *Les codifications récentes et la révision du Code civil.* Livre du centenaire, t. II, p. 967-986. Paris, Rousseau, 1904.

GAUGUIER. *De l'interprétation des actes juridiques.* Th. Paris, 1898. A. Rousseau.

GAULY. *Essai d'une définition de la cause dans les obligations.* Rev. critiq., 1886, p. 44-59.

GÉNY. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif.* Paris, A. Chevalier-Maresq et Cie. Octobre 1899.

— *La technique législative dans la codification civile moderne.* Livre du centenaire, t. II, p. 989. Paris, A. Rousseau, 1904.

— *Science et Technique en droit privé positif.* Première partie : 1914. Sec. partie : oct. 1915. 2 vol. Paris, Léon Tenin.

GERLIER. *Des stipulations usuraires dans le contrat de travail.* Th. Paris, 1907. Giard et Brière.

GIDE. *Conférence sur le contrat de salaire et les moyens de l'améliorer.* Nîmes, Roger et Laporte, 1894.

GIRARD (P.-F.). *L'histoire de la condictio, d'après M. Pernice.* Nouv. Rev. histor., 1895, p. 408-425.

GIRAUD. *Des nexi ou de la condition des débiteurs chez les Romains.* Paris, F. Didot, 1847.

GOLDBERG (Anna). *Essai d'une théorie générale de l'engagement juridiq. par volonté unilatér. d'après le C. civ. allemand.* Th. Nancy, 1913. Paris, Larose et Tenin.

GOUBLET. *La notion du quasi-contrat. Classificat. rationnelle des sources d'obligations.* Th. Paris 1904, Giard et Brière.

GOUNOT. *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé.* Th. Dijon. Paris, A. Rousseau, 1912.

GRASSERIE (DE LA). *De la classification scientifique du droit.* Paris, Pedone-Lauriel, 1892.

— *De la volonté comme source d'un droit.* Rev. critiq., 1911, p. 300-317, 597-617; 1912, p. 98-112, 246-254, 370-378; 1913, p. 84-96.

GUÉNÉE. *De la capacité de s'obliger dans les quasi-contrats.* Rev. critiq., 1887, p. 326-344.

GUIHAIRE. *De la force obligatoire de la déclarat. unilatér. de volonté.* Th. Rennes, 1900, Simon.

GUYOT. *Répertoire universel et raisonné de Jurisprud. civile, criminelle, canonique et bénéficiale.* A Paris chez Visse, t. XII, v° obligations, p. 273-292. MDCCLXXXIV.

HAURIOU. *La science sociale traditionnelle.* Paris, L. Larose, 1896.

— et DE BÉZIN. *La déclarat. de volonté dans le droit administrat. franç.* Rev. trim. Droit civ., 1903, p. 543-586.

HAYEM. *De l'idée de lésion dans les contrats entre majeurs.* Th., Paris, 1899, Cerf.

HUVELIN. *Les tablettes magiques et le droit romain.* Extrait des annales intern. d'histoire. Mâcon, Protat, 1901.

— *Magie et droit individuel.* L'année sociologique, 1905-1906, p. 1-47.

IHERING, *L'Esprit du droit romain, dans les diverses phases de son développement.* Traduct. de Meulnaëre. MDCCCLXXXVI.

— *La lutte pour le droit.* Traduct. de Meulnaëre. Paris, Maresq aîné, 1890.

— *L'évolution du droit (Zweck im Recht),* traduit sur la 3e édit. allem. par de Meulnaëre. Maresq aîné, MCMI.

JAPIOT. *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle.* Th. Dijon 1909. Paris, A. Rousseau.

JOSSERAND. *De l'abus des droits.* Paris, A. Rousseau, 1905.

JOURDAN. *Des rapports entre le droit et l'économie politique.* Paris, A. Rousseau, 1885.

KANT. *Eléments métaphysiques de la doctrine du droit.* Traduct. Jules Barni. Paris, A. Durand, 1853.

KORKOUNOV. *Cours de théorie générale du droit.* Traduct. Tchernoff. Paris, Giard et Brière, 1903.

LABORDE. *Applications de la théorie de la cause aux matières du droit, et*

principalement aux obligations. Rev. gén. du droit, 1881 p. 344-352, 397-416, 548-555.

LACROIX. *Etude d'une des sources de l'engagement sur soi-même à créancier indéterminé. La stipulat. pour autrui en droit allemand d'après Hellwig et en droit franç.* Th. Paris, 1903, A. Rousseau.

LAMBERT. *La stipulation pour autrui.* Th. Paris, Giard et Brière, 1893.

LANCE. *Sur l'évolution de la condictio dans le droit classique.* Th. Paris, 1897.

LAROMBIÈRE. *Théorie et pratique des obligations,* 7 vol. Paris. Pedone-Lauriel, 1885.

LEDUC. *Des avant-contrats.* Th. Paris, A. Rousseau, 1909.

LÉVY. *Responsabilité et contrat.* Revue critiq., 1899, p. 361-398.

— *La confiance légitime.* Rev. trimest. Droit civ., 1910, p. 717-722.

LOCRÉ. — *La législation civile, commerciale et criminelle de la France,* 31 vol. Paris, Treuttel et Würtz, 1828.

LUCHET. *Logique de l'obligation.* Rev. génér. du droit, 1908, p. 421-441.

LUTTMANN. *De l'évolution du droit d'obligation.* Th. Paris, 1903, Henri Jouve.

MAHER. *De l'autonomie de la volonté individuelle quant aux modifications des contrats.* Th. Montpellier, 1913, Firmin et Montane.

MARCAGGI. *Etude sur la formation des contrats entre absents.* Th. Aix, 1902. Paris, A. Rousseau.

MASSON (H.). *De la notion d'ordre public dans ses rapports avec la jurisprudence civile et commerciale.* Th. Paris, 1899, A. Pedone.

MAYNZ. *Traité des obligations d'après le droit romain.* Paris, Durand, 1859.

MERLIN. *Recueil alphabétique des questions de droit.* Paris, Garnery, t. II, V° causes des obligations MDCCCXXVII.

— *Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence.* Paris, Roret, Garnery, t. XI, V° obligation. MDCCCXXVII.

MEVORACH. *De la formation des contrats. Doctrine et Jurisprud. franç. considérées au point de vue des théories modernes.* Th. Genève, 1914. Lausanne, Toso et Cie.

MICHOUD. *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français.* Paris, Pichon et Durand-Auzias. Librair. gén. de droit et de jurisprud., t. I, 1906, t. II, 1909.

MOLITOR. *Les obligations en Droit romain.* Paris, A. Durand, 2 vol., 1866-1867.

PAPAZOL. *Du rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation des contrats consensuels.* Th. Paris, 1907, A. Michalon.

PASCAUD. *Du principe que les contrats entre majeurs ne sont pas rescindables pour cause de lésion.* Rev. génér. du droit, 1895, p. 486-505.

PÉRIN (Eug.). *De la lésion dans le contrat de travail.* Th. Paris, 1908, Bonvalot, Jouve.

PERRIN (Jean). *Essai sur la réductibilité des obligations excessives, en dehors des questions de réserve, de sûretés et de garantie.* Th. Paris, 1905, Marchal et Billard.

PERRIN (Xavier). *La conversion par réduction des actes et des personnes juridiques.* Th. Dijon, 1911. Besançon, Millot.

PICARD (E.). *L'évolution historique du Droit civ. franç.*, 4e édit. Bruxelles, Veuve F. Larcier, 1904.

— *Le droit pur.* Paris, E. Flammarion, 1908.

PLANIOL. *Actes à titre onéreux et actes à titre gratuit.* Note sous arrêt. D., 1891, II, 113.

— *Classification des sources des obligations.* Rev. crit., 1904, p. 224-237.

— *Classificat. synthétique des contrats.* Rev. crit., 1904, p. 470-490.

PLATON (G. Paturini). *Pactes et contrats en droit romain et byzantin.* Paris, De Boccard, 1917.

PLESNILA. *Analyse critique de la théorie des contrats réels.* Th. Paris, 1910.

POLIER. *L'idée du juste salaire.* Th. Toulouse, 1903, Paris, Giard et Brière.

POLTZER. *L'enrichissement sans cause.* Th. Paris, 1912, Larose et Tenin.

POTHIER. *Œuvres.* Annotées par M. Bugnet. Paris, Casse et Marchal, Henri Plon, t. II, III et V, 1861.

REVILLOUT. *Les obligations en droit égyptien comparé aux autres droits de l'antiquité.* Paris, E. Leroux, 1886.

— *Précis du droit égyptien comparé aux autres droits de l'antiquité.* 2 vol. Paris, Giard et Brière, 1903.

RIPERT ET TEISSEIRE. *Essai d'une théorie de l'enrichissement sans caust en droit civ. franç.* Rev. trim. droit civ., 1904, p. 727-796.

ROGUIN. *La règle de droit.* Lausanne, F. Rouge, Paris, F. Pichon, MDCCCLXXXIX.

ROSSEL. *Manuel du droit fédéral des obligations.* 2e édit., Lausanne, Payot. Paris, Larose et Tenin, 1905.

ROUAST. *Essai sur la notion juridique de contrat collectif dans le droit des obligations.* Th. Lyon, 1909. Paris, A. Rousseau.

ROUBIER. *Essai sur la responsabilité précontractuelle.* Th. Lyon, 1911. Paris, A. Rousseau.

SALEILLES. *De la déclaration de volonté.* Paris, F. Pichon, 1901.

— *Étude sur la théorie générale de l'obligation, d'après le premier projet de code civil pour l'empire allemand.* 2e édit., Paris, F. Pichon, 1901.

— *Le code civil et la méthode historique.* Livre du Centenaire, t. I., p. 95. Paris, A. Rousseau, 1904.

— *Introduction à l'étude du droit civ. allemand.* Paris, F. Pichon, 1904.

— *L'origine du droit et du devoir.* Rev. de philosophie, t. XV, 1909, p. 140-162.

— *De la personnalité juridique.* Paris, A. Rousseau, 1910.

SAVIGNY. *Le droit des obligations.* Traduct. Gérardin et Jozon. 2 vol., Paris, E. Thorin, 1873.

SÉFÉRIADÉS. *Étude critique sur la théorie de la cause.* Th. Paris, A. Rousseau, 1897.

SCHATZ. *L'individualisme économique et social.* Paris, A. Colin, 1907.

STOÏCESCO. *De l'enrichissement sans cause.* Th. Paris, 1904. Chevalier-Maresq et Cie.

STOUFF. *Étude sur la formation des contrats par l'écriture, dans le droit des formules du Ve au XIIe siècle.* Nouv. Rev. historiq. 1887, p. 249-287.

SUMNER MAINE. *L'ancien droit considéré dans ses rapports avec l'histoire de la société primitive et avec les idées modernes.* Traduct. Courcelle-Seneuil. Paris, Durand et Pedone-Lauriel, Guillaumin et Cie 1874.

TALANDIER. *De l'engagement par volonté unilatérale.* Th. Toulouse, 1912, Saint-Amand, Bussière.

TANON. *L'évolution du droit et la conscience sociale.* Paris, Félix Alcan, 1905.

TARDE (G.). *Les transformations du droit.* Paris, F. Alcan, 1893.

— (A. de). *L'Idée du juste prix.* Th. Paris, Sarlat-Michelet, 1906.

TARTANSON. *L'action « de in rem verso » en droit civ. français.* Th. Grenoble, 1909. Digne, Imprimerie Chaspoul.

TÉOHARI *Du paiement de l'indu.* Th. Paris, 1897, Henri Jouve.

THÉODOROFF. *De l'enrichissement sans cause.* Th. Toulouse, 1907. Imprimerie du Rapide.

TIMBAL. *De la cause dans les contrats et les obligations, en droit romain et en droit franç.* Th. Toulouse, 1882. Douladoure-Privat.

TISSIER. *R. Saleilles. De la déclaration de volonté.* Rev. bourguignonne, 1903. p. 187-205.

TITULESCO. *Essai sur une théorie générale des droits éventuels.* Th. Paris, 1907. Bonvalot-Jouve.

TRESCARTES. *De l'erreur dans les actes juridiques et spécialement dans les contrats.* Th. Aix, 1908. Marseille, Imprimerie Provençale.

VALETTE. *Théorie générale de l'erreur et du dol. Vices du consentement dans les divers actes juridiques.* Th. Paris, 1895, L. Larose.

VAREILLES-SOMMIÈRES (de). *Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois.* Extrait de la Rev. de Lille. Paris, Cotillon, Pichon, successeur, 1899.

VASILESCO. *Quelques remarques sur les vices du consentement.* Th. Paris, 1908, A. Michalon.

VERGNIAUD. *L'enrichissement sans cause.* Préface de H. Capitant. Compte rendu, Rev. trim. droit civ., 1916, p. 467.

VÉRY. *De l'erreur dans les contrats.* Th. Toulouse, 1912, G. Mollat.

VIGNES. *Rapports de la gestion d'affaires et de la stipulation pour autrui.* Th. Paris, Giard et Brière, 1892.

VIZIOZ. *La notion de quasi-contrat.* Th. Bordeaux, Y. Cadoret, 1912.

— *L'école du droit naturel et le quasi-contrat.* Rev. critiq., 1913, p. 270-288.

WORMS. *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations en droit romain et en droit français.* Th. Paris, A. Giard, 1891.

TABLE DES MATIÈRES

Pages

INTRODUCTION.

Etude dogmatique des éléments générateurs du lien obligatoire, consécutif à une manifestation d'activité individuelle, licite et volontaire. — Les trois principes pressentis à la base de l'obligation. — Plan 1

PREMIÈRE PARTIE. — La formation des éléments générateurs du lien obligatoire.

Les germes du phénomène obligatoire dans le temps et dans le millieu 13

CHAPITRE PREMIER. — *Le temps : les antécédents historiques.*

L'élaboration de la cause et de la volonté 14

Section 1. — Apparition de la notion d'obligation.

La situation primitive. Les deux phénomènes initiaux : le délit et le crédit 15

A. — Le délit.

La compensation adéquate. — La vengeance privée. — La composition pécuniaire volontaire. — La composition pécuniaire obligatoire. — L'obligation née d'un fait licite 20

B. — Le crédit.

Le troc. — Le don. — Le *nexum*. — Apparition du formalisme du crédit à côté du réalisme du délit 25

Section 2. — Evolution du principe matériel. — Du réalisme à la cause.

Les trois étapes successives 32

A. — Elaboration de la notion de cause.

Le principe matériel dans les *variæ causarum figuræ*. La *condictio* 33

Pages

B. Individualisation de la notion de cause.

Le principe matériel dans le contrat réel. La distinction de l'objet et de la cause..... 38

C. — Insuffisance de la notion de cause.

Le principe matériel dans le contrat innomé. — La nécessité de la volonté..... 44

Section 3. — Evolution du principe intellectuel. Du formalisme à la volonté.

Les trois étapes successives..... 47

A. — Le spiritualisme primitif.

Le principe intellectuel dans la magie. — Dans l'idée religieuse. — Le droit canonique..... 49

B. — Le formalisme.

Le principe intellectuel dans la forme, dans le mot, dans l'écrit..... 55

C. — La volonté.

Le principe intellectuel devient le principe psychologique. — Le contrat à titre onéreux. — Le contrat à titre gratuit. — La volonté unilatérale. — La volonté abstraite. — La distinction de la capacité et de la volonté. — La nécessité de la cause.. 65

CHAPITRE II. — *Le milieu : Les influences sociales. — De la morale à l'ordre public.*

La phase religieuse. — La phase morale. — La phase sociale. 81

SECONDE PARTIE. — L'analyse des éléments générateurs du lien obligatoire.

Les trois éléments en concours..... 91

CHAPITRE PREMIER. — *La volonté.*

Les trois données de son analyse..... 95

Section 1. — La détermination de la volonté juridique.

Elle est la *déclaration libre* d'un engagement..... 95

Section 2. — L'énergie créatrice de la volonté juridique.

La valeur de la volonté en étendue, en profondeur, en qualité. C'est cette dernière seule qui importe. — La volonté est créatrice parce qu'elle est un *engagement sain*..... 103

Section 3. — Le rôle et la limite de la volonté juridique.

La combinaison des deux fragments de la volonté 113

Pages

A. La déclaration.

Elle crée l'obligation en tant qu'elle est subjective. — Elle affirme ce qui est voulu. — Elle pose l'irrévocabilité de cette affirmation..... 114

B. — L'engagement.

Il crée l'obligation en tant qu'elle est qualitative. — Conformité avec le droit positif français. — Définition de la volonté juridique..... 116

CHAPITRE II. — *La cause.*

Les trois données de son analyse..... 122

Section 1. — La détermination de la cause.

Répudiation des conceptions intellectuelles. — La cause est une pure nécessité compensatoire, incluse dans un déplacement de valeur..... 123

Section 2. — L'énergie créatrice de la cause.

Elle a pour principe l'*enrichissement* d'un patrimoine. — Elle a pour mesure la *suffisance* de cet enrichissement. Deux applications précises : La lésion. — L'usure..... 134

Section 3. — Le rôle et la limite de la cause.

Elle crée l'obligation en tant qu'elle est objective et quantitative. — Critique des critères de la fausseté et de l'illicéité. — Non conformité avec le droit positif français. — Définition de la cause..... 146

CHAPITRE III. — *L'ordre public.*

Les trois données de son analyse..... 156

Section 1. — La détermination de l'ordre public

Les critères de son contenu : 1) Licéité : *a*/ Honnêteté générale ; *b*/ Bonnes mœurs. 2) Ordre social. — L'ordre public est la conscience collective moyenne..... 157

Section 2. — L'énergie créatrice de l'ordre public.

Elle est le minimum de socialité que l'intérêt général exige légitimement de l'obligation d'ordre privé. — Son influence est négative..... 164

Section 3. — Le rôle et la limite de l'ordre public.

Il n'est que le contrôle social de l'obligation préconstituée. — Constitutionnalité et légalité. — Conformité avec le droit positif français. — Définition de l'ordre public..... 172

Pages

TROISIÈME PARTIE. — La synthèse des éléments générateurs du lien obligatoire.

Le concours des trois éléments dans les différents types obligatoires : quasi-contrats et contrats. — La proportion de l'élément subjectif et de l'élément objectif permet d'établir une progression entre les obligations : les cinq degrés successifs. 181

CHAPITRE PREMIER. — *L'enrichissement indu.*

Terminologie. — L'hypothèse. — Les deux obligations.... 186

Section 1. — Valeur de l'élément subjectif.

Chez l'enrichisseur : Volonté directe. — Volonté indirecte : Gestion d'affaires anormale. — L'élément subjectif est inopérant. — Chez l'enrichi, il est inexistant 187

Section 2. — Valeur de l'élément objectif.

L'équité. — Le délit. — Le risque. — La cause : elle est le seul élément créateur. — Intervention de l'ordre public..... 191

CHAPITRE II. — *Le paiement de l'indu.*

L'hypothèse. — Les deux obligations..... 203

Section 1. — Valeur de l'élément subjectif.

Chez le *solvens*, comme chez l'*accipiens*, il y a volonté juridique inefficace 203

Section 2. — Valeur de l'élément objectif.

La cause est créatrice de l'obligation. — Intervention de l'ordre public 207

CHAPITRE III. — *La gestion d'affaires.*

L'hypothèse. — Les deux obligations 210

Section 1. — Valeur de l'élément subjectif.

Chez le gérant : la volonté participe à la création de son obligation pendant la gestion. — Chez le géré : la volonté n'a pas d'action sur son obligation 210

Section 2. — Valeur de l'élément objectif.

La cause détermine l'obligation du gérant à la fin de la gestion, et toute l'obligation du géré. — Intervention de l'ordre public. — Esprit des obligations quasi-contractuelles 215

CHAPITRE IV. — *Le contrat à titre onéreux.*

Les termes dans lesquels se pose le problème. — Les trois étapes à parcourir..... 223

Pages

Section 1. — Le concours de la volonté et la cause.

Les deux types qui le réalisent..... 226

A. — Le contrat unilatéral.

Dans le contrat réel, la volonté définit l'obligation principale pendant l'opération. La cause définit l'obligation principale à sa terminaison, et toute l'obligation subsidiaire.....

Dans le mandat et dans le cautionnement, la volonté définit toute l'obligation principale, et la cause, toute l'obligation subsidiaire.

Il y a concours des deux éléments, mais non combinaison.. 227

B. — Le contrat commutatif.

C'est l'obligation type : il y a combinaison des deux éléments. — La prédominance de la volonté commence à se manifester. — En toute hypothèse, la volonté définit l'apparition et la réalisation de la cause. — Selon les hypothèses, elle influence de plus en plus la consistance même de la cause : *Echange. — Vente. — Louage de choses. — Société. — Association. — Transaction*..... 232

Section 2. — La prédominance de la volonté du débiteur.

Les deux types qui la réalisent..... 241

A. — Le contrat aléatoire.

La volonté atteint successivement la cause dans son efficacité, puis dans sa consistance : *La rente viagère. — L'assurance. — Le jeu et le pari*..... 242

B. — L'engagement par déclaration unilatérale de volonté.

Il y a moins ici empiètement de la volonté sur la cause qu'exaltation de la volonté dans son domaine propre : la volonté débitrice prétend se suffire..... 246

Section 3. — La prédominance de la volonté du créancier.

Les deux types qui la réalisent..... 250

A. — Le contrat d'adhésion.

La volonté créancière influence la cause, et domine la volonté débitrice. — En réalité, le contrat d'adhésion est une opération mi-sociale et mi-privée. Il est fait d'une partie contractuelle, où collaborent la cause et la volonté, et d'une partie règlementaire, où collaborent la cause et l'ordre public. 251

B. — La stipulation pour autrui.

La volonté créancière apparaît dans les rapports de stipulant à promettant. Elle s'impose à la volonté débitrice et élargit le

Pages

jeu de la cause, en étendant l'effet de celle-ci au tiers bénéficiaire : elle le désigne et elle lui fait acquérir directement un droit. — Logique profonde de cette obligation. — Orientation définitive de la volonté..... 258

CHAPITRE V. — *Le contrat à titre gratuit.*

Les termes dans lesquels se pose le problème. — Les trois étapes à parcourir..... 266

Section 1 — La libéralité rémunératoire.

Il y a concours de la volonté et de la cause, mais avec prédominance de la volonté : *Donation rémunératoire. — Donation avec charges.* Intervention de l'ordre public 269

Section 2. — La donation.

La décroissance progressive de la cause : *Le legs. — La donation.* — La volonté s'exalte dans son domaine propre et déborde dans le domaine de la cause. — Double intervention de l'ordre public..... 271

Section 3. — La fondation.

La cause est réduite au maximum ; la volonté, accrue au maximum. — Double intervention de l'ordre public..... 278

CONCLUSION. — Essai d'une classification générale des obligations, reposant sur la combinaison des éléments générateurs du lien obligatoire.

La volonté, la cause, l'ordre public, seules assises possibles de l'obligation quelle qu'elle soit. *La loi. — Le quasi-contrat et le contrat. — Le quasi-délit et le délit*..... 285

BIBLIOGRAPHIE..... 299

DIJON. — IMP. DARANTIERE.